

DE L'OFFICE DU JUGE
EN MATIÈRE D'APPLICATION
DES LOIS ÉTRANGÈRES

D'APRÈS LA
JURISPRUDENCE FRANÇAISE

THÈSE

Soutenuë le Jeudi 20 Décembre 1923, à 15 h. 30

PAR

JEAN BOQUEL

Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. CHRÉTIEN, Professeur.
Suffragants { M. HENRY, Professeur.
 { M. LESCOT, Agrégé.

*

NANCY
IMPRIMERIE LORRAINE, RIGOT & C^{ie}

—
1923



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE L'OFFICE DU JUGE
EN MATIÈRE D'APPLICATION
DES LOIS ÉTRANGÈRES

D'APRÈS LA
JURISPRUDENCE FRANÇAISE

THÈSE

Soutenue le Jeudi 20 Décembre 1923, à 15 h. 30

PAR

JEAN BOQUEL

Avocat à la Cour d'Appel



Président : M. CHRÉTIEN, Professeur.

Suffragants { M. HENRY, Professeur.
M. LESCOT, Agrégé.



NANCY
IMPRIMERIE LORRAINE, RIGOT & C^{ie}

1923

FACULTE DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. GÉNY (*, U I).

Doyen et professeur honoraire : M. BINET (*, U I).

Professeurs honoraires : MM. MAY (*, U I) et GARNIER (U I).

MM. CHRÉTIEN (U I), professeur de Droit international public et privé.

GÉNY (*, U I), professeur de Droit civil.

MICHON (U I), professeur de Droit romain.

BROCARD (U I), professeur d'Economie politique.

SENN (U I), professeur de Droit romain à la Faculté de Droit de Paris, chargé de cours de Droit romain à la Faculté de Droit de Nancy.

RENARD (U I), professeur de Droit public.

HENRY, professeur de Droit criminel.

LAVERGNE (U A), professeur d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines économiques, chargé de cours à la Faculté de Droit de Lille.

KRÖELL (U A), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUEL, professeur de Droit public.

UDINOT (*, ✱, U A), agrégé, détaché au Ministère des Régions libérées.

LESCOT (✱), agrégé, chargé des cours de Droit commercial et de Voies d'exécution.

SIMONNET (U I), docteur en droit, chargé des cours de Droit civil (3^e année) et de Droit civil (capacité).

GIGNOUX (*, ✱), docteur en droit, chargé des cours d'Economie politique (licence et doctorat).

VOIRIN (✱), docteur en droit, chargé d'un cours de Droit civil (3^e année).

MELIN (U I), docteur en droit, chargé du cours de Science sociale.

BERTRAND (U I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières des candidats.

INTRODUCTION

Nombreux sont les cas où les règles et les principes qui gouvernent le droit international privé conduisent nos tribunaux à faire application dans leurs décisions d'un texte ou d'une loi étrangère ; qu'il s'agisse de litiges intéressant un Français et un étranger, ou bien deux étrangers, quel va être le rôle, l'office du juge, dès l'instant où il existe un élément d'extranéité dans le rapport juridique qui est soumis à son appréciation ?

La fréquence actuelle des relations internationales qui est la conséquence inévitable du conflit mondial qui a amené sur notre sol tant d'étrangers, et dont la fin encore toute proche a entraîné la reprise des relations entre les belligérants, a mis, plus que jamais, le juge français dans la nécessité pratique de connaître des dispositions des lois étrangères et d'en faire une saine interprétation (1). Le nombre imposant

(1) « Il faut convenir, disait Portalis, en parlant des étrangers (Discours préliminaire au projet de code civil de la Commission. LOCRÉ, *Législation civile et criminelle*, t. I, p. 299, n° 76) qu'anciennement les divers peuples communiquaient peu entre eux, qu'ils n'y avait point de relations entre les Etats et que l'on ne se rapprochait que par la guerre. » C'est à ces époques que l'auteur de *L'Esprit des Lois* fait remonter l'origine « des droits insensés d'aubaine et de naufrage ». « Les hommes, dit-il, pensèrent que les étrangers ne leur étant unis par aucune communication du droit civil, ils ne leur devaient, d'un côté, aucune sorte de justice, et de l'autre, aucune sorte de pitié. » Et Portalis d'ajouter : « Le commerce en se développant

d'espèces intéressant des étrangers que l'on relève dans les journaux judiciaires est une preuve certaine des cas fréquents où nos tribunaux saisis de litiges soumis à une législation étrangère sont appelés à en faire application.

Que le conflit qui lui est soumis soit relatif à la jouissance, à l'exercice ou à l'exécution d'un droit, qu'il soit destiné à régler en France la condition, le statut d'un étranger ou à déterminer les effets, dans notre pays, d'un acte juridique passé à l'étranger, le juge français aura à faire application d'un texte étranger : ce peut être un conflit naissant à l'occasion de rapports de famille, de droits réels ou personnels, d'exécution, de procédure ; quoi qu'il en soit, il est du plus haut intérêt de connaître les garanties qui sont apportées à l'application d'une loi étrangère par un tribunal français et à l'interprétation qui en est donnée.

Quel va être le rôle du juge français, que doit-il faire en pareille circonstance ?

Et tout d'abord à quelles sources devra-t-il recourir pour puiser les principes utiles à l'application et à l'interprétation du texte étranger pour solutionner le conflit qui lui est soumis ?

A ce point de vue, la méthode à suivre diffère quelque peu de celle jusqu'alors généralement adoptée par les auteurs quant à l'interprétation de la loi française (1).

nous a guéris des préjugés barbares et destructeurs, il a uni et mêlé les hommes de tous les pays et de toutes les contrées. La boussole ouvrit l'univers ; le commerce l'a rendu sociable. Alors, les étrangers ont été traités avec justice et humanité, les rapports entre les peuples se sont multipliés, et on a compris que si comme citoyen on ne peut appartenir qu'à une société particulière, on appartient comme homme à la société générale du genre humain. »

(1) « La tendance actuellement bien nette de notre doctrine française en cette matière du conflit international des lois de droit privé est, pour les cas non positivement réglés par le code, de ne plus cher-

« Pour le juge, il n'y a pas de droit international privé au sens général et scientifique du mot, mais bien une doctrine et une jurisprudence nationale plus ou moins riche et s'appliquant à la solution des questions comprises dans le domaine du droit international privé (1). »

Le droit international privé n'émanant pas, en effet, contrairement au droit interne de chaque pays, d'une autorité souveraine, dont on ne conçoit même pas l'existence au-dessus des Etats, n'a pas de texte général et ne saurait être codifié.

Mais il n'en est pas moins une loi positive dans certains cas et se révèle parfois dans diverses sources avec un caractère obligatoire, au moins pour les juges de certains pays.

La loi, les traités, la jurisprudence, la doctrine sont pour le juge les sources à consulter en la matière ; ce sont elles qui doivent lui dicter la méthode à suivre lorsqu'une question soulevant l'application d'une loi étrangère est portée à la barre de son tribunal.

Le juge est donc avant tout serviteur de la loi et lorsque un texte français lui imposera l'application d'une loi étrangère, il n'aura qu'à s'y conformer.

Mais en dehors de ces cas assez rares (art. 47, 170 et 999 du Code civil, par exemple, relatifs aux actes de l'état civil, au mariage et au testament) et des hypothèses prévues par les traités, le juge est-il abandonné à sa propre initiative, lui est-il loisible de laisser libre cours à ses opinions personnelles ; ne doit-il pas, par contre, se conformer aux mêmes

cher dans la tradition qu'une lumière éclairant la route, d'y puiser surtout l'enseignement des faits et de l'expérience, sans se tenir lié par les précédents, et en conservant pour la décision des cas douteux la plus grande liberté d'appréciation. »

(François GÉNY. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, III^e partie, chap. I, sect. III, n^o 144, p. 417).

(1) PILLET. *Principes de droit international*, n^o 45, p. 118.

principes, aux mêmes obligations auxquels il doit se soumettre lorsqu'il fait application de la loi nationale ?

La tâche du juge, relativement simple lorsqu'il s'agit de faire application de disposition de droit interne, devient singulièrement délicate dans les questions de droit international privé. En réalité, toute question de ce genre en comporte plusieurs qu'il est important de préciser en fixant le rôle que le magistrat doit remplir vis-à-vis de chacune d'elle.

Un rapport juridique dont les divers éléments dépendent de législations différentes étant soumis à un juge français, la première question qui se présente est de savoir tout d'abord quelle loi va régler ce rapport : Est-ce la loi française ? Est-ce la loi étrangère ? Question préjudicielle, solutionnée par les textes, lorsque le législateur a émis sa volonté formelle sur ce point, par les principes admis en doctrine et en jurisprudence lorsque la loi, étant muette, elle se trouve suppléée par une interprétation de la volonté tacite ou présumée du législateur, par la volonté enfin des parties elles-mêmes dans les limites où l'autonomie est permise.

Et si par l'analyse du rapport de droit qui lui est soumis, le juge est conduit à appliquer la loi étrangère, lui faudra-t-il encore faire une saine application de cette loi. Il se heurtera bien souvent à une seconde alternative qu'il ne pourra résoudre qu'en faisant une interprétation stricte et étroite des textes qui lui sont soumis. Car lorsque sa loi, ou à défaut sa doctrine, ou sa jurisprudence nationale le conduisent à faire application d'un texte étranger, cette loi ou ces principes l'invitent-ils à appliquer la loi interne et positive du pays où ce texte est en vigueur, ou, par contre, est-ce seulement aux dispositions de droit international de cette législation qu'ils le renvoient ? Car si la coexistence de souverainetés différentes, et, par conséquent, de lois différentes, donne nais-

sance à des conflits de lois que le juge, quand il en est saisi, doit souvent solutionner en faisant application d'un texte étranger, la variété même des solutions que l'on applique à ces conflits dans les différents Etats donne naissance à de nouveaux « conflits entre théories de droit international privé reçues dans chaque Etat » (1).

A côté des institutions de droit interne d'un pays, il y a, en effet, des règles de conflits qui lui sont propres, que l'on ne peut dissocier des premières, si bien que le juge français amené à demander la solution du litige qui lui est soumis à la législation d'une souveraineté étrangère pourra se trouver tout aussi bien en présence d'un principe découlant des dispositions de droit international privé de cet Etat, que d'une disposition de son droit interne. Cette disposition de droit international est pour chaque pays une loi nationale, au même titre que les dispositions internes dont elles circonscrivent le domaine : « Elles leur restent bien comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions sur le plan du droit international (2). »

Le rôle du juge français, en présence d'une disposition de droit international de la loi d'un État étranger, va susciter les mêmes questions que lors de l'application par celui-ci de la loi interne de ce pays.

Que fera le juge français ? Devra-t-il se conformer aux dispositions de droit international de la loi étrangère qui a pour objet de résoudre, à l'usage des tribunaux auxquels elle commande, les conflits de lois qu'elle prévoit, et quelle solution devra-t-il adopter lorsque les dispositions de droit inter-

(1) BARTIN. *Etudes de droit international privé*, p. 83 et suivantes.

(2) BARTIN. *Loc. préc.*, préface aux *Etudes de droit international privé*, p. 11, C.p.r. Vitta. *La Méthode du droit international privé*, La Haye, 1890, c.p.r.

national de cette loi étrangère renverront elles-mêmes à la loi nationale du juge? En un mot, quel sera le rôle du juge dans un conflit de ce genre? Doit-il admettre la « théorie du renvoi » ?

Mais lorsque, finalement, le juge doit appliquer la loi étrangère, sera-t-il soumis aux mêmes règles, aux mêmes injonctions que lorsqu'il y a lieu pour lui de mettre en œuvre une décision de sa loi nationale ?

Le juge devra-t-il appliquer la loi étrangère d'office, alors qu'aucune des parties ne l'invoque, ou par contre, cette loi sera-t-elle nettement différenciée d'un texte législatif français et assimilée à un simple fait sur lequel le juge ne peut statuer qu'autant qu'il lui a été soumis par les intéressés ?

Le vieil adage jura novit curia est-il également applicable à la connaissance, par le juge, d'une loi étrangère, ou bien celui-ci imposera-t-il la preuve du droit étranger à la partie qui l'invoque ?

Enfin, si un tribunal n'a pas appliqué la loi étrangère quand il le fallait, ou comme il le fallait, sa décision peut-elle faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de Cassation ?

En d'autres termes, quelles sont les sanctions au cas de non application ou de mauvaise application de la loi étrangère; le pourvoi en cassation est-il recevable dans ce cas ?

Ce sont autant de questions qu'il nous faut résoudre.

Notre travail se divisera donc logiquement en trois parties.

Tout d'abord, nous étudierons les différents cas dans lesquels une loi étrangère est applicable à un rapport juridique dont le juge est saisi, le fondement d'application de cette loi, l'interprétation qui doit en être donnée et la solution, enfin, que le juge doit adopter lorsqu'il se trouve en présence « d'un conflit de renvoi ».

Nous verrons ensuite dans une seconde partie la preuve et l'établissement de la loi étrangère devant les tribunaux français.

Enfin, le troisième point de notre étude aura pour objet l'examen des garanties apportées à la bonne application des lois étrangères par le juge et la sanction de ses décisions par la Cour Suprême.

PREMIÈRE PARTIE

DANS QUELS CAS UNE LOI ETRANGÈRE EST APPLICABLE A UN RAPPORT JURIDIQUE PAR LE JUGE SAISI

Lorsqu'un État, par une disposition expresse de ses lois internes ou par l'approbation tacite qu'il donne à la jurisprudence de ses tribunaux, admet l'application des lois étrangères sur son territoire, lorsqu'il reconnaît que certains litiges sont soumis à leur empire, il limite de ce fait, volontairement, sa propre souveraineté.

L'admission sur son territoire de l'effet d'un droit acquis à l'étranger exprime suffisamment sa déférence pour l'autorité de l'État étranger sous l'égide et par les lois duquel ce droit a été acquis :

C'est une reconnaissance implicite de la souveraineté étrangère.

Si, par contre, il refuse toute sanction à ce droit d'origine étrangère, ce refus ne peut se justifier que par des raisons tirées des exigences de sa propre souveraineté.

Un principe fondamental est donc à prendre en considération lorsque le juge fait application d'un texte étranger, c'est le principe de la souveraineté de chaque législation sur son propre territoire.

Comment concilier ce principe avec l'application d'une loi étrangère entraînant nécessairement pour le juge la soumission à une règle supérieure de droit qui lui commande de se référer aux dispositions de la loi d'un autre pays ?

Le juge français doit avant tout appliquer les dispositions positives de son propre législateur et, en tant que magistrat, il est lié par le texte de sa loi nationale dont il a pour mission de faire une saine et juste application ; il ne recouvre son indépendance que lorsque sa loi nationale est muette sur le point qu'il a à solutionner.

Alors si, dans ce cas déterminé, s'inspirant des règles du droit international privé, le juge fait application d'une loi étrangère, sur quelle base, sur quel fondement s'appuyera l'autorité de la loi qui lui a dicté la décision à prendre dans l'espèce dont il est saisi ?

L'examen des différentes sources d'application des lois étrangères va nous permettre de rechercher à quelle solution conduit l'esprit général de nos lois et sur quelle autorité le juge français s'appuie lorsqu'il fait application d'une loi étrangère.

CHAPITRE PREMIER

ESPRIT GÉNÉRAL DE LA LOI FRANÇAISE QUANT A LA CONNAISSANCE ET A L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES PAR LE JUGE

Dans certains cas, le juge, en se référant à une autre législation que la sienne, obéit à un texte précis qui le lui ordonne ; la volonté formelle du législateur ressortant nettement de la lettre même de la loi, ne laisse alors aucun doute au juge sur la solution qu'il doit prendre, et en faisant application de la loi étrangère il se soumet purement et simplement au prescrit de sa loi nationale. C'est bien ce qu'il fait lorsque, pour déterminer la nationalité d'un Français qui a perdu sa nationalité, ou d'une Française devenue étrangère à la suite de son mariage avec un étranger, il recherche, conformément aux articles 17 ou 19 du Code civil, si la naturalisation leur est acquise dans le pays étranger conformément à la loi en vigueur.

Il en est de même lorsque pour apprécier la validité d'un acte de l'état civil, d'un testament authentique dressé à l'étranger, ou d'un mariage contracté hors de France, il examine si, aux termes des articles 47, 170 et 999, les parties ont bien respecté les formes étrangères

auxquelles ces textes renvoient explicitement. De même encore, le juge obéit à un texte formel de notre législation lorsqu'il se demande, avant de connaître d'un délit commis à l'étranger par un Français rentré en France depuis son inculpation, si la condition prévue par l'article 5 du Code d'instruction criminelle est bien remplie, c'est-à-dire si le délit dont il est saisi est prévu et puni par la loi du *forum delicti*.

Mais si, par contre, le juge se réfère à la loi étrangère pour déterminer le statut personnel d'un étranger au cas où il trouve son application dans un litige relatif à l'état ou à la capacité d'un étranger, ou à sa succession mobilière, pour apprécier la validité extrinsèque d'un acte passé hors de France et soumis à la règle *locus regit actum*, le juge, dans ce cas, n'obéit plus à un texte formel de nos lois, à un commandement impératif du législateur, mais à sa volonté sous-entendue ou présumée, déduite par voie d'interprétation plus ou moins large des textes solutionnant des espèces différentes et des principes que l'on peut découvrir dans les travaux préparatoires de nos codes.

Enfin, si pour régler les effets d'une convention, les parties exerçant l'autonomie de leur volonté juridique entendent soumettre leurs accords à une législation étrangère et les placer sous l'empire d'une autre loi que la *lex loci contractus*, le juge peut être encore conduit à faire application d'un texte étranger dans la mesure toutefois où cette autonomie peut s'exercer librement par la volonté permissive du législateur.

Que ce soit par la volonté formelle du législateur, ou par sa volonté tacite ou bien même par la volonté

des parties dans les limites toutefois où elle est autonome, la loi étrangère n'en est pas moins applicable par le juge.

L'étude des différentes sources d'application de cette loi par le juge va nous permettre de rechercher l'esprit général de notre législation sur ce point, et d'en induire le fondement de l'application de la loi étrangère en France.

SECTION I

Volonté formelle du Législateur

Les textes qui prescrivent au juge français l'application d'une loi étrangère se réduisent à quelques articles de nos codes et à quelques lois spéciales; quoique peu nombreuses, ces références de notre loi à la loi étrangère n'en sont pas moins d'une application fréquente devant nos tribunaux et ceux-ci, en présence de la volonté formelle du législateur, n'ont qu'à y déférer.

I. — ARTICLE 17 DU CODE CIVIL

Cet article prévoit deux cas d'acquisition de la nationalité étrangère qui font perdre au Français sa nationalité d'origine.

« Perd la qualité de Français, dit ce texte, le Français naturalisé à l'étranger ou celui qui acquiert sur sa demande la nationalité étrangère par l'effet de la loi. »

Aux termes de cet article, un Français ne perd sa nationalité par la naturalisation en pays étranger, ou sur sa demande, par l'effet de la loi qu'autant qu'il a

effectivement acquis une nationalité nouvelle reconnue comme telle tant par l'État dont il devient le sujet que par la loi française.

Suivant la formule expressive de M. Newton: « Là où il n'y a pas assimilation complète et à titre non précaire entre le naturalisé et le naturel, il n'y a pas à proprement parler de naturalisation, et partant point de changement de nationalité, la nationalité d'origine subsiste toujours (1). »

Avant donc de décider si un Français est dénationalisé sur sa demande, le juge doit préalablement s'assurer si, d'après la loi du pays dont il revendique la nationalité, ce dénaturalisé a acquis la nationalité de ce pays; et ce faisant il se référera nécessairement à la législation de cette nation sur le prescrit de la loi française (2).

(1) NEWTON. De la naturalisation dans les colonies anglaises (*Journal de droit international privé*, 1883, p. 453. C.p.r. Aubry et Rau, t. I, § 74, p. 268.)

(2) « Attendu qu'un Français ne perd cette qualité par la naturalisation en pays étrangers qu'autant qu'il a effectivement acquis une nationalité nouvelle en devenant sujet d'un autre Etat...

« Attendu que dans l'état des faits constatés la Cour d'Appel de Rennes a pu, sans violer aucune disposition légale, décider que le comte B..., en usant du bénéfice accordé par le Statut de 1844 aux étrangers résidant en Angleterre, n'a pas perdu la qualité de Français... Rejetée... » (Cas. civ., 16 fév. 1875. S. 1875, I, p. 193.)

Dans le même sens (Cass. crim., 14 fév. 1890, D. P. 1891, I. 281), et la note de M. Cohendy, Paris, 2^e Ch., 25 novembre 1891, D. P. 1892, II, p. 505, confirmant un jugement du tribunal de la Seine du 22 mai 1890, annoté par M. Pic.

Ces notes rapportées sous les arrêts précités signalent notamment les difficultés auxquelles se heurte le juge dans le cas d'admission très large par certains Etats de droits civils et même de droits politiques locaux n'emportant pas sujétion à cet Etat ni changement de patrie pour celui qui en est bénéficiaire. L'arrêt de la Chambre criminelle

Si bien que lorsqu'un tribunal français est saisi de la demande d'un individu qui prétend avoir perdu la nationalité française, ce tribunal, pour résoudre le litige qui lui est soumis, devra avant tout se référer au statut personnel de cet individu et voir si aux termes de cette loi étrangère qu'il invoque à l'appui de ses prétentions il a acquis ou non la nationalité étrangère dont il se prévaut.

De l'article 17 du Code civil, il faut rapprocher, comme appendice, la loi du 7 avril 1915 qui a été elle-même abrogée et remplacée par celle du 18 juin 1917 réglant définitivement la perte de la qualité de Français par les sujets des puissances en guerre avec la France.

Cette dernière loi énumère, dans son article 1^{er}, § 2, un certain nombre de faits à raison desquels le naturalisé est présumé avoir conservé sa nationalité d'origine, notamment lorsqu'il a acquis des propriétés, participé à des entreprises agricoles, financières, commerciales ou industrielles, possédé un domicile ou une résidence durable. Comment le juge pourra-t-il établir sa conviction dans tous ces cas, sinon en examinant ces faits au point de vue de la *lex rei sitæ* ou de la *lex loci contractus*.

vise spécialement les titres de « dénaturalisation » obtenus par les Français dans les colonies anglaises sans acquisition de la nationalité anglaise au regard du Gouvernement métropolitain anglais ni au regard des autres possessions anglaises.

Il est bien évident que, dans ces cas, les droits et avantages concédés aux Français ne peuvent être assimilés à une naturalisation conférant tous les droits d'un régnicole et qu'ils ne peuvent entraîner la perte de la nationalité française. (C.p.r. Haute Cour de justice d'Angleterre, 11 janvier 1888, D. P. 1888, II, p. 81.)

Et de même le § 3 de cet article 1^{er}, qui prévoit que la déchéance sera obligatoire pour le juge « si le naturalisé a recouvré une nationalité antérieure ou acquise toute autre nationalité », n'entend-il pas imposer au juge français l'examen de cette acquisition de la nationalité étrangère à l'aide du texte même de la loi de ce pays ? (1)

C'est ce qu'a semblé déclarer la Cour de Cassation dans une espèce récente où le pourvoi prétendait que l'interprétation donnée par la décision entreprise, en vue de l'application de la loi du 18 juin 1917 concernant le retrait de naturalisation, avait pour conséquence la violation de la loi française. La Cour suprême a estimé, au contraire, que les juges du fond ont, de l'interprétation qu'ils ont donnée de la loi roumaine aux termes de laquelle l'intéressé n'avait pu acquérir cette nationalité, déduit avec raison qu'il était resté Autrichien et devait, par suite, encourir la déchéance de la nationalité française, se trouvant dans les circonstances prévues par la loi du 18 juin 1917 (2).

(1) Voir D. P. 1917, IV, p. 203, note 1 et suiv. et D. P. 1916, IV, p. 102, notes 11, 14 et 15. Il y a ici coïncidence entre l'article 1^{er}, § 2, de la loi du 7 avril 1915, devenu l'article 1^{er}, § 3, de la loi du 18 juin 1917, et l'article 17-1^o C. civ.

(2) « Attendu que A... prétend que cette interprétation (de la loi étrangère) aurait pour conséquence la violation de la loi française. Mais attendu que les juges du fond, après avoir déclaré que, selon la loi roumaine, A... n'avait pas acquis la nationalité roumaine, en ont conclu qu'il était resté Autrichien et, qu'en cette qualité, il pouvait encourir la déchéance de la nationalité française. Qu'ils ont ainsi déduit de cette interprétation souveraine la conséquence juridique formulée par l'article 1^{er} de la loi du 18 juin 1917. » Cass. civ., 10 fév. 1920. *Gaz. Pal.*, 1920, I, p. 345 et note 1.

II. — ARTICLE 19 DU CODE CIVIL.

« La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste Française. »

Dans ce cas encore, la loi française est nettement impérative pour le juge quant à l'application du statut personnel de l'étranger se mariant à une Française; il y a plus que renvoi, il y a incorporation même de la loi étrangère à la nôtre, puisque la question de nationalité de l'épouse est subordonnée à la concordance ou à la dissemblance des deux législations.

C'est ainsi que suivant la nouvelle loi belge du 15 mai 1922 sur la nationalité (CLUNET, 1922, page 1067), l'étrangère qui épouse un Belge devient Belge (art. 4); par suite, une Française qui épouse un Belge devient Belge (1).

Réciproquement aux termes de cette même loi (art. 18-2°), perd la nationalité belge la femme qui épouse un étranger d'une nationalité déterminée si la nationalité de son mari lui est acquise en vertu de la loi étrangère.

(1) Il est à remarquer toutefois que la nationalité belge qu'elle acquiert de ce chef n'est pas absolument complète. Son statut est celui de l'étranger bénéficiaire de la naturalisation ordinaire. Cependant, le législateur lui a rendu plus accessible la grande naturalisation, en réduisant de dix à cinq ans la durée de résidence requise en Belgique (art. 12-2°, loi du 15 mai 1922). (Voir article de M. Th. Nisot au Clunet, 1922, p. 970.)

Mais, que la femme française épousant un étranger, acquiert ou non la nationalité de son mari en vertu de la loi étrangère, il est un point qui n'en demeure pas moins établi, c'est que l'article 19 du Code civil prescrit au juge, dans ce cas, l'application de la loi étrangère (1).

III. — ARTICLE 47 DU CODE CIVIL

« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger, fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays. »

Cette disposition est une consécration pure et simple de la règle *locus regit actum*, et le Code en a fait application aux Français comme aux étrangers, en leur permettant de s'adresser aux autorités étrangères pour passer un acte de l'état civil. Si bien que le juge saisi d'un litige survenu à l'occasion d'un acte de l'état civil reçu par les autorités étrangères dans la forme locale devra,

(1) Nombreuses sont les législations qui, de même que notre article 19 du Code civil, font perdre la nationalité à la femme qui épouse un étranger, sauf le cas où le mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari.

Italie : loi du 13 juin 1912, art. 10.

Bulgarie : loi du 4 décembre 1903 et du 10 janvier 1908, art. 16.

Portugal : article 21-4^o du Code civil.

Pour la Serbie, toutefois, l'article 48, Code civil serbe, ne fait perdre sa nationalité à la Serbe épousant un étranger que si la loi de cet étranger fait également perdre sa nationalité à la femme épousant un Serbe. (CLUNET 1900, p. 983.)

La plupart des autres législations font perdre sans conditions la nationalité à la femme qui a épousé un étranger.

Allemagne : loi du 22 juillet 1913, art. 17-6^o.

Grande-Bretagne : loi du 7 août 1914, art. 10.

(Voir le tableau complet de ces législations au ClUNET 1922, p. 618 et 619.)

pourse conformer au prescrit de l'article 47 du Code civil, en apprécier la validité d'après la *lex loci contractus*.

Qu'il s'agisse donc d'un acte de naissance, de mariage ou de décès, les formes du pays où il a été reçu lui donneront force probante en France.

Mais c'est uniquement au point de vue de la forme que ces actes reçus à l'étranger par les autorités locales sont soumises à la loi de ce pays, et un tel acte ne produira d'effet légal en France que si la loi du statut personnel n'a pas été violée. La question a cependant fait l'objet d'une controverse doctrinale et jurisprudentielle, spécialement au sujet de la légitimation d'un enfant naturel né en Espagne et qui, d'après cette loi, se trouvait légitimé par le mariage de ses parents devant un prêtre, sans aucune mention de légitimation dans l'acte de mariage comme l'exige l'article 331, alinéa 1, de notre Code civil (1).

La majorité des auteurs a estimé que la question de savoir si la légitimation découle ou non du mariage contracté par les parents se ramène à une question de capacité qui doit être appréciée au regard de la loi de chacune des parties (WEIS, t. IV, p. 83); (DESPAGNET, Précis de droit international privé, 5^e édit., p. 276; LAURENT, Droit international, v. n° 257.)

(1) La Cour de Montpellier (arrêt du 22 novembre 1909, D. P. 1910, II, p. 177) a déclaré que la règle d'après laquelle en droit espagnol le mariage contracté devant un prêtre légitime de plein droit l'enfant naturel des mariés, sans que l'acte de mariage contienne à ce sujet une déclaration quelconque, produit son effet en France, alors surtout que l'acte de baptême de l'enfant porte en marge une mention de légitimation insérée en vertu de la décision de l'autorité compétente. (Voir cependant, en sens contraire, la dissertation de M. Mérignhac sous Montpellier, D. P., *ibid.*, note 1 à 5.

IV. — ARTICLE 170 DU CODE CIVIL

Aux termes de cet article, le Code reconnaît la validité des mariages contractés en pays étranger, sans fraude à la loi française quant aux autorisations et publications nécessaires lorsqu'ils sont célébrés « dans les formes usitées dans le pays ».

Le juge français est donc tenu de se référer à la loi étrangère pour apprécier la réalité et la validité d'une union, tout au moins quant aux formalités extrinsèques relatives à la célébration du mariage, lorsque les parties ont contracté dans les formes locales.

L'article 170, tel qu'il a été interprété par la jurisprudence, assimile de tout point le mariage contracté à l'étranger entre deux Français ou entre un Français et un étranger, au mariage célébré en France ; il suffit que le juge constate que les formes exigées dans ce pays ont été suivies (Lyon, 19 août 1881, D. P. 82, II, p. 213), alors même que la loi étrangère n'exige aucun écrit, comme dans l'État de New-York où elle se contente de la cohabitation et de la possession d'état d'époux légitimes (Paris, 20 janvier 1873, D. P. 1873, II, p. 59). De même dans l'État de la Louisiane, dont le code de 1808 valide tout mariage contracté par des personnes pouvant et voulant exprimer un consentement devant un ministre du culte comme devant un officier public, sans indiquer aucune forme particulière, l'acte constatant que le mariage a été célébré sous l'empire de ce code est suffisant pour attester le fait du mariage (Bordeaux, 21 décembre 1886, D. P. 87, II p. 163).

De tels mariages sont parfaitement valables en France, et les tribunaux doivent leur reconnaître toutes les conséquences de droit qu'ils reconnaissent aux mariages célébrés dans notre pays.

V. — ARTICLE 999 DU CODE CIVIL

C'est d'après les prescriptions de la loi étrangère que doivent être déterminées, en vertu de l'article 999, les formalités requises pour conférer l'authenticité à un acte testamentaire rédigé en pays étranger.

Le juge français, dans ce cas, doit encore faire application de la loi étrangère, et M. l'avocat général Hello d'ajouter dans les conclusions qu'il prit devant la Chambre civile dans l'affaire du testament du marquis de Bonneval (Cass., Rejet 6 février 1843, D. 43, I, p. 209):

« La seule obligation légale du juge français en cette matière est de suivre la forme étrangère ; quand il croit l'avoir découverte et qu'il l'a appliquée, il a rempli son devoir. »

Le tribunal français appelé à statuer sur la validité d'un testament rédigé dans les formes étrangères a donc simplement à s'assurer de leur observation (1).

(1) Dans ce sens : Seine 21 juin 1895. CLUNET 1896, 406 et 11 mars 1899 ; CLUNET 1899, 1014 ; Paris 26 février 1896, D. P. 1897, II, p. 239 et sur pourvoi req. 2 août 1897, D. P. 1898, I, p. 377 et la note de M. de Loynes. — Cass. civ. 20 juillet 1909, D. P. 1911, I, p. 185 et la note de M. Politis. — Sur renvoi Amiens 11 décembre 1912, D. P. 1915, II, p. 93.

Toutefois, la législation de certains pays, comme l'Angleterre, par exemple, entoure les testaments de formalités telles que le juge peut être amené à douter de leur caractère d'actes publics lorsque telle a été la volonté du défunt de tester en la forme authentique locale. M. VALÉRY (1) fait très justement remarquer que d'après la loi anglaise un acte de dernière volonté est valable en la forme, pourvu qu'il soit signé du rédacteur de l'acte et de deux témoins attestant que cet écrit est bien l'expression de la volonté testamentaire de telle personne expressément désignée. Il semble bien difficile d'admettre que cette simple attestation puisse attribuer à l'acte le caractère d'authenticité exigé par l'article 999 du Code civil, alors surtout que le testament n'a même pas été reçu par un officier public; et la loi anglaise elle-même lui reconnaît si peu d'authenticité qu'elle le soumet à l'homologation d'une juridiction spéciale la « Cour of Probate », chargée de s'assurer de sa sincérité avec une mission beaucoup plus étendue que celle du président du tribunal civil français, qui d'après les articles 1007 et 1008 du Code civil rend des ordonnances de pure forme sans rien préjuger du fond. La Cour de Rouen (7 mai 1898, CLUNET 1899, p. 578) dans une affaire relative à un testament rédigé dans les formes anglaises, a très judicieusement saisi la mission que lui imposait l'article 999 Code civil, en déclarant qu'un tel testament ne pouvait être assimilé à un acte authentique qu'autant qu'il aurait été « proved » (2).

(1) VALÉRY. Manuel de droit international privé, n° 876, p. 1228.

(2) Voir cependant *contra* Bruxelles, 20 mars 1900, CLUNET 1900, p. 819, et Marseille 3 mai 1907, CLUNET 1909, p. 201.

VI. — ARTICLE 5 ET 7
DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

L'article 5 du Code d'instruction criminelle pose comme principe « que tout Français qui, hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un fait qualifié de délit par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis. » « Toutefois, ajoute ce texte, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce. »

Enfin, la loi du 3 avril 1903, modificative de l'article 7 du Code d'instruction criminelle, a subordonné les poursuites contre un étranger, pour crimes et délits commis en France, à la même condition que l'article 5 vis-à-vis du Français : il faut qu'il n'ait pas été déjà jugé ou n'ait pas exécuté sa peine dans son pays.

La jurisprudence a fait de fréquentes applications de ces textes en se référant à la loi étrangère avant d'appliquer la loi française.

C'est ainsi que la Cour de Cassation (chambre criminelle, 22 juin 1901, *CLUNET*, 1901, p. 979) a déclaré que l'arrêt qui constate que le fait incriminé (la contrefaçon d'une marque de fabrique en l'espèce) est considéré comme délictueux dans le pays où il a été commis et aussi en France, établit pleinement l'existence des deux conditions auxquelles l'article 5 du Code d'instruction

tion criminelle subordonne la poursuite en France d'un délit commis par un Français à l'étranger.

Le juge, pour se conformer à la loi française, doit donc constater l'accord des deux législations pour réprimer le délit imputé au prévenu. Et alors même que celui-ci ait déjà été poursuivi dans le pays étranger pour le délit qu'il y a commis d'après la loi de ce pays, il peut encore être inculpé et jugé en France pour le même fait, si la décision étrangère non définitive n'était pas susceptible d'exécution (1). Là encore le juge doit se reporter à la loi étrangère pour examiner la portée de la décision du tribunal étranger.

VII. — TEXTES SPÉCIAUX PRESCRIVANT AU JUGE L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE

En dehors de ces quelques articles du Code civil et du Code d'instruction criminelle, il existe quelques lois spéciales exigeant du juge français l'étude de la loi étrangère.

Il faut citer tout d'abord la loi du 14 juillet 1819. Après avoir abrogé, dans son article 1^{er}, les articles 726 et 912 du Code civil soumettant autrefois l'étranger à des conditions spéciales de réciprocité quant à la capacité de recevoir, à titre gratuit, ce texte assimile les étrangers aux Français au point de vue successoral, mais spécifie dans son article 2 que « dans le cas de partage d'une succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens

(1) Cass. crim., 17 octobre 1889, D. P. 1890, I, p. 138.

situés en pays étrangers dont il seraient exclus à quelque titre que ce soit en vertu des lois et coutumes locales ».

Ce texte s'applique à tous les cas où l'héritier français est exclu, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales étrangères. Et pour déterminer ces cas les tribunaux français sont bien obligés de se reporter à la législation en vigueur dans ce pays étranger (1).

La référence à la loi étrangère de l'article 29 de la loi du 5 juillet 1844, relatif aux brevets d'invention déjà déposés hors de France, est non moins explicite.

Il y a une solidarité très nette établie entre la loi française et les dispositions de la loi étrangère et les tribunaux français pour déterminer la légalité et la durée pour laquelle un brevet déjà obtenu à l'étranger peut être concédé en France, auront à examiner et à interroger les dispositions de la loi de ce pays qui a présidé à la concession de ce brevet (2).

Enfin la loi de finance du 28 avril 1816, dans son article 58, pose comme principe « qu'il ne pourra être fait usage en justice d'aucun acte passé en pays étranger

(1) En pratique, cette dérogation au principe de l'assimilation complète des étrangers aux Français au point de vue successoral, dérogation qui fait l'objet de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1919, est d'une application fort rare, presque tous les pays ayant conclu des traités stipulant la successibilité suivant les lois respectives de chaque pays. (Voir nombreux traités passés à ce sujet : *Dictionnaire de Droit international*, VINCENT et PENAUD, V^o successions, n^{os} 227 et 228.) Notamment le traité franco-suisse du 15 juin 1869. (Cass. civ. 11 fév. 1890, D. P. 1890. I, p. 153 et concl. conf. de M. le procureur général Roujat. Et la convention consulaire conclue le 23 février 1853, aux Etats-Unis, J. G., S. V^o successions, n^o 89 et 90. Voir également la dissertation de M. Pic, D. P. 1892, II, p. 28, note 1).

(2) (Voir note de M. Lyon-Caen, sous Cass. civ., 28 juin 1881, S. 1881, I. 409).

ou dans les colonies, qu'il n'ait acquitté les mêmes droits que s'il avait été souscrit en France... »

En matière d'enregistrement, l'application de ce texte conduit le juge à définir le caractère juridique de l'acte étranger produit en justice, en interprétant la loi étrangère dans la mesure nécessaire à la solution du litige. (En ce sens, Cass. civ. 22 octobre 1913, D. P. 1921, I, p. 219-220.)

Enfin, de tous ces textes épars comportant une consécration législative du renvoi à la loi d'une souveraineté étrangère, il nous faut rapprocher les dispositions de nos lois relatives à l'application des lois indigènes de nos colonies par les tribunaux français qui y ont été créés à côté des juridictions locales. Les indigènes de ces colonies conservent en principe leur statut personnel dans la mesure toutefois où cela n'est pas incompatible avec les principes de notre civilisation; ils ne sont que des sujets et non des citoyens français, à moins que cette qualité leur ait été expressément conférée (PENANT, De la condition juridique des indigènes en matière civile et commerciale, Trib. col. 1906, II, 1 et s.).

C'est ainsi que la loi du 30 décembre 1880 (D. P. 82, IV, p. 20) tout en conférant le titre de citoyen français à tous les indigènes de Tahiti, anciens sujets du roi Pomari, a déclaré leur maintenir leurs lois et coutumes locales. Et il en est de même pour toutes nos colonies dans lesquelles un texte, soit arrêté, ou décret, a ordonné le maintien des lois locales en vigueur.

Pour l'Algérie, c'est la Capitulation du 5 juillet 1830 qui, depuis, a été suivie de nombreux décrets, parmi

lesquels il est intéressant de signaler le décret du 6 février 1919 (*Journal officiel* du 9 février 1919) modifié par celui du 27 janvier 1920 (*J. O.* du 29 janvier 1920), relatif à la condition des indigènes algériens soumis au statut personnel musulman.

Pour le Sénégal, le décret du 20 mai 1857;

Pour les Indes françaises, le règlement du 30 décembre 1769 et l'arrêté du Gouverneur, du 6 janvier 1819 (1);

Pour la Cochinchine, le décret du 25 mai 1881 et du 17 mai 1895 (2);

Pour Madagascar, le décret du 9 juin 1896.

Tous ces textes conduisent à l'application de la loi indigène dans les limites toutefois où ces lois locales ne vont pas à l'encontre de l'ordre public français.

Enfin, il est à signaler qu'au Maroc, à la suite du traité conclu à Fez le 30 mars 1912, pour l'organisation du protectorat français dans l'Empire chérifien, traité approuvé par la loi du 15 juillet et promulgué par décret du 20 juillet (*J. O.* des 18 et 27 juillet 1912, p. 6386 et 6770), divers textes ont été élaborés par une commission de jurisconsultes siégeant au Ministère des Affaires étrangères, du 7 mai au 27 juin 1913. Ces textes ou codes, appelés « dahir », ont été promulgués au Maroc par le commissaire général résidant, le 30 août de la même année. Un décret du 7 septembre 1913

(1) *Revue de législation et de jurisprudence col.*, 1899, p. 123.

(2) D. P. 1882, IV, p. 59, C.p.r. Cass. civ. 1893 D. P. 1894, I, p. 303 et Cour Indo-Chine 16 mai 1907, D. P. 1908, II, p. 407. Un précis de législation anamite a été rédigé conformément au décret du 3 octobre 1883 et promulgué en Cochinchine par arrêté du Gouverneur, du 26 mars 1884 (Voir Cass. civ. 28 décembre 1915, *Gaz. Pal.* 1914-1915, p. 450 et la note II).

(*J. O.* du 9 septembre 1913, p. 8051-8058) prescrit que les juridictions instituées en exécution du traité de protectorat fonctionnent dans les conditions fixées en suivant les règles établies par le « dahir » de S. M. chérifienne, en date du 12 août 1913. (Voir la note signée L. S. au *Dalloz*, 1916, I. p. 265).

VIII. — LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Les traités, à condition d'être légalement consentis, promulgués et publiés, deviennent lois de l'État (AUBRY et RAU, I, § 3, texte et note 7).

Ils sont obligatoires pour les tribunaux des pays contractants au même titre qu'une loi, et nous verrons que leur violation peut faire l'objet d'un pourvoi en Cassation lorsque le juge doit, aux termes des conventions passées entre les puissances contractantes, se référer à la législation de l'une d'elles pour solutionner le litige dont il est saisi (1).

Les traités doivent donc être considérés comme de véritables dispositions légales puisque, de même que les lois proprement dites, les conventions dont ils font l'objet constituent des ordres émanés du souverain auxquels les tribunaux doivent se soumettre; et, lorsque les accords des nations contractantes spécifient que la solution du litige soumis au juge doit être prise dans la législation de telle souveraineté déterminée, c'est, pour le juge saisi, un ordre impérieux auquel il doit obtempérer sous les mêmes sanctions que s'il obéissait à un texte législatif positif.

(1) Cass. civ., 11 août 1841, D. P. 1841, I, p. 336. Cass. civ., 29 mars 1865, D. P. 1865, I, p. 482.

SECTION II

Volonté tacite ou présumée du législateur

Les textes de nos lois prévoyant explicitement l'application d'un droit étranger sont rares, exceptionnels même, pourrions-nous dire. Limiter aux hypothèses spéciales pour lesquelles ils ont été écrits le champ d'application du droit étranger serait, à juste titre, considéré comme une erreur manifeste.

Car, même en l'absence de textes formels, aux termes desquels la référence à la loi étrangère est pour le juge commandée *expressis verbis*, l'esprit de la législation française réclame bien souvent de nos tribunaux l'application du droit étranger ; et le juge français n'obéit pas toujours à un texte positif de nos lois, mais à leur décision sous-entendue plus ou moins rigoureusement déduite par voie d'interprétation des travaux préparatoires de nos lois. Les rédacteurs du Code civil et, depuis, les législateurs successifs ont fixé certains points à propos desquels il y avait jusque-là controverse, et ont ainsi permis, par leurs discussions préalables au vote du texte définitif, de déterminer la solution virtuellement admise par l'ensemble de la législation positive.

C'est ainsi que dans l'article 3, § 2 et § 3 C. civ., nous retrouvons la consécration implicite de deux principes traditionnels relatifs aux personnes et aux biens, principes qui ont toujours été suivis dans l'ancien droit et que le code s'est contenté de rappeler en quelques lignes, laissant à la doctrine et à la jurisprudence le soin de les com-

pléter par la tradition : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étrangers. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ».

L'article 3, en ces termes, disent certains auteurs (1), consacre la distinction traditionnelle des statuts, et quoique le code, il est vrai, ne prononce pas le mot de « statuts », les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point. PORTALIS, tout d'abord, le proclame bien nettement dans l'exposé des motifs du titre préliminaire : « On a toujours distingué les lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes d'avec celles qui règlent les dispositions des biens, les premières sont appelées personnelles, les autres réelles. » (2) FAURE, l'orateur du Tribunat, s'exprime dans le même sens : « L'article 3 contient les principales bases d'une matière connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et de « statuts réels » (3).

(1) La plupart des auteurs ont vu dans ce texte la consécration de la théorie traditionnelle des statuts; cette opinion a même été acceptée par les défenseurs les plus convaincus de la théorie italienne de la personnalité du droit, notamment LAURENT, *Droit civil international*, (II, page 67, n° 40 et s.), qui n'a cependant pas ménagé ses reproches et ses critiques au législateur de 1804. C.p.r. AUBRY et RAU (5^e éd., t. I, § 31, p. 133, note 8.)

Par contre, M. André WEISS (traité 2^e éd. III, p. 150 et suiv.), estime que c'est à tort que l'on accuse le Code civil de s'être rallié à la doctrine statutaire : « Les orateurs, dans leurs travaux préparatoires, ont emprunté sur la matière des conflits de lois la terminologie de l'ancien droit et l'on ne peut conclure à l'adoption d'une théorie que rien, dans le texte définitif de la loi, ne rappelle ni autorise. »

(2) PORTALIS, Second exposé des motifs, n° 12 (LOCRÉ, I, lég. civ. et crim. I, p. 580.)

(3) Discours de M. Faure, tribun (LOCRÉ, *loc. préc.*, t. I, p. 612, n° 8).

Les termes mêmes employés par les auteurs du Code civil dans leurs discussions sont assez significatifs, et il paraît dès lors difficile de soutenir qu'ils n'aient pas en vue la doctrine des anciens auteurs statutaires. Dire qu'ils se la sont appropriée, plutôt que la théorie moderne de la personnalité du droit (1), serait peut-être aller un peu trop loin, car le laconisme du texte qui a été définitivement voté témoigne plutôt chez le législateur d'une préoccupation soucieuse d'aboutir à la codification en posant des règles générales, de véritables moules dans lesquels pourront être coulés les différents systèmes sur les conflits de lois. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que lors de la confection du Code civil le législateur de 1804 n'a fait que sanctionner les principes nés de la Révolution ; et au lendemain de la proclamation des droits de la Nation, il avait principalement souci de ce que l'égalité réalisée dans le pays et dans la famille française ne puisse être menacée ;

Ainsi s'expliquent surtout les dispositions de l'article 3 du Code civil.

Est-ce à dire que de l'interprétation de ce texte l'on doive, par déduction, appliquer à l'étranger ce que l'article 3 dit du Français ?

Son état et sa capacité en France sont-ils réglés par sa loi nationale ; quelle loi régit les biens meubles qu'il possède en France, et la *lex rei sitae* est-elle applicable aux immeubles situés en pays étrangers ?

(1) MANGINI (Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti) 1851, CLUNET 1874, p. 291 et s. ; FIORE « Diritto internazionale privato », 3^e éd. 1888.

§ I. — STATUT PERSONNEL DE L'ÉTRANGER

« L'étranger, dit MERLIN, a son statut personnel comme le Français a le sien. » (1)

C'est un principe qu'il énonce sans aucune hésitation, comme une vérité évidente, et que l'on doit admettre, dit-il, pour l'étranger, à titre de réciprocité.

Les travaux préparatoires du Code civil français, bien qu'ils remontent à une époque où l'on confondait volontiers l'étranger avec l'*hostis* des Romains, et spécialement les débats et les explications qui ont précédé le vote définitif de notre article 3, ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur de conserver aux étrangers le bénéfice de leurs lois propres lorsqu'il s'agit, pour les tribunaux français, de statuer sur des questions tenant à l'état et à la capacité des étrangers.

Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux différentes rédactions de ce texte et aux amendements successifs qui y furent apportés.

Dans la séance du 14 thermidor an IX (2), Tronchet, président de la Commission, critiqua la rédaction primitive des articles 4 et 5 du titre IV du livre préliminaire, et après avoir fait remarquer « qu'elle contredirait l'article 7 du projet sur les droits civils, lequel ne soumet l'étranger qu'aux lois de police et de sûreté », déclara qu'on pourrait le rédiger ainsi : « La loi régit les propriétés foncières situées sur le territoire de la France,

(1) MERLIN, *Repertoire verbo*, Loi, § VI, n° 6, et LAURENT. *Droit civil international*, II, n° 47.

(2) LOCARÉ, *Législation civile et crim.*, p. 389 et 400, n° 10.

les biens meubles et la personne des Français. » Et à une objection de Reynaud de (Saint-Jean-d'Angely), il répondit en affirmant « que l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes ». Finalement, Tronchet proposa de retrancher le mot « indistinctement » de la rédaction du projet ; cette proposition fut adoptée avec cet amendement.

Mais lors de la communication officieuse au Tribunat, celui-ci crut devoir faire observer que, même ainsi amendée, cette rédaction était encore trop vague et pouvait prêter à des raisonnements faux et dangereux ; il proposa donc de restreindre la portée de la disposition dont s'agit aux lois de police et de sûreté et de la faire suivre immédiatement, pour mieux en fixer le sens, de deux autres dispositions qui, originairement placées au titre de la jouissance des droits civils (art. 16 et 18 du second projet), rappelaient évidemment la distinction du statut réel et du statut personnel telle qu'elle avait toujours été reçue en France (1). Cette dernière rédaction, mise aux voix, fut adoptée et amena la fixation définitive du texte de l'article 3 du Code civil.

Cette succession d'amendements tendant tous au même but ne permet plus aucun doute ; l'étranger n'est pas soumis à la loi française en ce qui concerne son état et sa capacité. Est-ce à dire qu'il conserve son statut personnel ? Le Conseil d'État, en adoptant le principe soutenu par Tronchet, l'a admis implicitement. Mieux eut valu cependant l'écrire dans le code, car

(1) LOCRÉ, *loc. préc.*, t. I, p. 563, n° 9.

une disposition expresse consacrant le principe l'eût revêtu d'une autorité plus absolue en donnant moins le champ libre aux nombreuses controverses que cette question a soulevées en doctrine et en jurisprudence.

Ces controverses n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt purement historique.

Et, malgré les termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 3 qui soumet expressément les étrangers aux lois de police et de sûreté, et de l'article 2 qui déclare le statut réel applicable même aux immeubles possédés par les étrangers, tandis que l'alinéa 3 s'occupant de la force obligatoire du statut personnel ne fait plus aucune mention des étrangers, on ne peut douter que les rédacteurs du Code civil n'aient entendu, du moins en général, laisser les étrangers résidant en France, pour tout ce qui concerne leur état et leur capacité, sous l'empire de leur loi nationale (1).

Toutefois, cette affirmation induite du texte même de la disposition de l'article 3 du Code civil suscite encore

(1) MERLIN. Répertoire V^e, Loi § 6, n° 6. — PROUDHON et VALETTE, I, p. 80 et s. — DURANTON, I, 93. — DEMOLOMBE, I, 98. — BROCHER, I, 97. — DESPAGNET, p. 298. — LAURENT, I, Droit civil international, n° 45 et s., p. 75. — WEISS, 276. — AUBRY et RAU, 5^e édit., § 31, p. 143 et s. Note 23. — PLANIOL, 8^e édit., t. I, n° 192, p. 76. — COLIN et CAPITANT, 3^e édit., t. I, p. 422. Cpr. en matière de conversion de séparation de corps en divorce, le rapport de M. le conseiller Ambroise COLIN, sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Lyon du 26 juin 1917, cassé par arrêt de la Cour de Cassation du 6 juillet 1922, D. P. 1922. I, p. 140, 2^e col.

Ce principe a été consacré à différentes reprises par la jurisprudence. Cass. 17 janvier 1899, S. 1899, I, p. 177 et la note de M. Pillet, Cass. civ. 30 octobre 1905, D. P. 1905, I, p. 305. — Sol. imp. Cass. 29 juillet 1901, D. P. 1902, I, p. 249, et Nancy 13 février 1904, D. P. 1904, II, 249.

des réserves et des distinctions; et l'interprétation donnée à l'article 3 n'en est pas moins soumise à certaines restrictions réclamées par les principes d'ordre public posés par nos lois qui, sur ce point, sont impérieuses à l'égard de tous.

Il est universellement reconnu, en effet, que le statut personnel de l'étranger cesse d'être applicable toutes les fois qu'il est en opposition avec une loi française de police ou de sûreté, et les tribunaux se refusent à faire application en France des dispositions d'une loi étrangère qui porterait atteinte à l'ordre public (1).

Les nombreuses applications pratiques de ce principe dans lesquelles la jurisprudence limite le champ et l'étendue du statut personnel de l'étranger, sont bien une preuve de plus de la reconnaissance implicite de ce statut par nos tribunaux qui, de ce fait, ne font qu'obéir à une injonction tacite du législateur.

§ 2. — BIENS MOBILIERS ET IMMOBILIERS

Le texte actuel de l'article 3, § 2 du Code civil porte : « les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française. » Cette disposition ne semble pas douteuse quant à la consécration très nette que la loi fait du statut réel relativement aux immeubles situés en France. Une règle analogue est virtuellement reconnue par le code pour les immeubles situés à l'étranger. L'absence de texte formel expressément adopté par les rédacteurs du code,

(1) Cass. civ. 29 mai 1905, D. P., 1905, I, p. 353.

n'enlève rien au principe resté dans le domaine de la pure doctrine, et leur silence sur ce point ne porte aucune atteinte aux maximes traditionnelles. Et d'ailleurs comme pour le statut personnel, les travaux préparatoires démontrent que lors des diverses rédactions successives des projets de lois, le législateur a eu en vue la *lex rei sitae*.

La première rédaction émanant de la commission que le Gouvernement avait nommée le 24 thermidor an VIII posait comme principe, dans son article 5 : « le Français résidant en pays étranger continue à être soumis aux lois françaises pour ses biens situés en France » ; le mot « biens » désignait évidemment les immeubles car, dans un second alinéa, ce texte ajoutait : « son mobilier est réglé par la loi française, comme sa personne ». Le sens de l'article 3, § 2 ne laisse plus subsister aucun doute en présence des termes particulièrement nets employés par Portalis dans son exposé des motifs (1) : « Il est de l'essence même des choses, que les immeubles dont l'ensemble forme le territoire public d'un peuple, soient exclusivement régis par les lois de ce peuple, quoiqu'une partie des immeubles puisse être possédée par des étrangers. » Et le tribun Faure d'ajouter : « Il suffit que les biens soient situés en France pour que la loi française les régisse. Peu importe d'ailleurs que le propriétaire soit Français ou étranger ; car il ne peut y avoir, pour régir ces biens, que les lois du pays au territoire duquel

(1) PORTALIS, P. V. du 5 ventôse an II, Locré II, p. 392, et Esprit du Code Napoléon, tome I, p. 199.

ils sont attachés. Ce principe dérive de ce que les publicistes appellent le domaine éminent du souverain (1). »

Les règles de droit commun restent donc réservées, et au nombre de ces règles, en plus de la consécration implicite du statut personnel comme nous l'avons vu précédemment, il faut admettre le maintien de la *lex rei sitae* tant pour les immeubles situés en France qu'à l'étranger.

Ce principe est d'ailleurs reconnu actuellement par une jurisprudence qui n'est plus contestée (2) et, bien plus, c'est même d'après la *lex rei sitae*, c'est-à-dire d'après la loi territoriale que doit être déterminée la nature mobilière ou immobilière des biens (Douai, 11 décembre 1894, D. P. 1894, II, p. 193, et la note de M. de Boeck, Civ., 8 mars 1909, D. P. 1909, I, 305; Chambéry, 24 novembre 1909, D. P. 1910, II, p. 65).

En ce qui concerne les biens mobiliers, faut-il admettre, avec Laurent, que le paragraphe 2 de l'article 3, spécialement consacré au statut réel, ne parlant que des immeubles, les meubles par là même ne se trouvent pas classés dans le statut (3)? Les rédacteurs du Code ont-ils entendu conserver comme principe la disposition de l'article 5 du premier projet consacrant par là la vieille règle *mobilia personam sequuntur*. La section de législation du Conseil d'Etat, en l'effaçant,

(1) FAURE, trib. LOCRÉ. Esprit du Code Napoléon, I, p. 198.

(2) Cass. 26 juillet 1894, D. P. 1895, I, p. 5 et 18 mars 1895, D. P. 1895, I, 336. Pau 11 juin 1906, D. P. 1907, II, p. 9 avec note de M. Colin.

(3) Cpr. Paris, 9 juillet 1902, CLUNET 1903, p. 181; Seine, 27 décembre 1906; CLUNET 1907, p. 771.

paraît avoir reculé devant une réglementation législative des conflits relatifs à la fortune mobilière et avoir préféré laisser à la doctrine et à la jurisprudence la solution des difficultés si graves que cette matière soulève (1).

Nos tribunaux semblent faire sur ce point une distinction, fort juste d'ailleurs, suivant que l'objet litigieux est envisagé en lui-même ou comme faisant partie intégrante d'une hérédité : la pratique judiciaire, en général, distingue suivant que l'objet mobilier est considéré *ut singuli* ou *ut universitas*.

C'est ainsi qu'il a été jugé à maintes reprises que les meubles sont soumis à la loi de leur situation effective quand on les considère individuellement et en eux-mêmes ; que bien même que l'article 3, § 2 ne soumette expressément aux lois françaises que les immeubles qui sont situés en France, ces lois s'appliquent également aux meubles corporels, aux créances qu'un étranger possède en France ; ainsi, c'est la loi française qui sera applicable à la revendication de titres au porteur qui, ayant fait l'objet d'un vol en France, ont été négociés à l'étranger et se trouvaient ramenés en France quand l'action a été exercée (Chambéry, 24 novembre 1909, D. P. 1910, II, p. 65 (2)). Il est permis d'en déduire *a contrario* que lorsque l'objet mobilier considéré *ut singuli* se trouve en pays étranger, c'est la loi de ce pays qui est seule applicable.

(1) LAINÉ, *Revue de droit international privé*, 1905, p. 452 et s.

(2) Voir également la dissertation de M. Nast, note 1 à 3, sous cet arrêt au D. P. 1910, II, p. 65, et de M. Wagner au Sirey 1910, II, p. 225, note 2 à 4. Cpr. Note de M. de Boeck, D. P., 1894, II, p. 193.

Mais, par contre, toutes autres sont les règles lorsque la masse mobilière d'un patrimoine est envisagée *ut universitas*, comme par exemple la partie ou la totalité d'une hérédité. Des raisons surtout d'ordre pratique ont amené la jurisprudence, dans ce cas, à rassembler cette masse mobilière pour la soumettre à une seule et même loi, et celle qui était toute désignée pour régir une telle hérédité ne pouvait être que la loi du pays dans lequel le *de cuius* avait installé son principal établissement, celle de son domicile lorsqu'il en avait un (Paris, 1^{er} août 1905, D. P., 1906, II, p. 169 ; Grenoble, 5 juillet 1907, D. P., 1908, II, p. 403, et Aix, 25 mars 1911, Clunet, 1912, p. 550 (1)).

Une doctrine des plus autorisées se rallie également à cette opinion qui est, sans aucun doute, entièrement conforme à l'esprit de nos lois ; c'est bien ce que vient confirmer d'ailleurs l'article 110 du Code civil, en décidant que « le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile du défunt » (AUBRY et RAU, § 31, n^{os} 47, 49 et 52 ; DE WAREILLES-SOMMIÈRES, t. II, 931 ; VALÉRY, n^o 839, p. 1190). Toutefois, il est à remarquer cependant dans les récentes décisions de jurisprudence une tendance nouvelle qu'ont les tribunaux de rompre avec la théorie traditionnelle

(1) C'est ainsi qu'il a été décidé également que la succession mobilière d'un étranger décédé en France est régie par sa loi nationale lorsqu'il n'a point de domicile légal en France. (Cass. civ. 8 mars 1909, D. P. 1909, I, p. 305, Aix 25 janv. 1910, D. P. 1911, p. 201, et aussi Cass. rej. 18 janvier 1911, D. P. 1918, I, p. 73 et la note de M. Pic). Mais toutefois, le domicile de fait d'un étranger en France est suffisant pour fixer le lieu d'ouverture de sa succession. (Paris, 19 juin 1894, D. P. 1894, II, p. 513) et sur pourvoi (Req. 1^{er} juillet 1895, D. P. 1895, I, p. 344) et la note de M. Despagne.

en substituant à la loi du domicile du défunt celle de la nationalité (Cass. civ., 8 mars 1909 précité en note).

Les principes n'en demeurent pas moins les mêmes quant à la dérogation à la *lex rei sitae* au profit de la loi étrangère.

§ 3. — LOIS DE FORME ET DE PROCÉDURE

Sans la formuler en toutes matières d'une façon expresse, le législateur est présumé avoir eu l'intention d'adopter très certainement la vieille règle *locus regit actum*.

Nous avons déjà vu trois hypothèses dans lesquelles le code fait pour le juge un devoir impérieux d'appliquer la loi étrangère ; ce sont les articles 47, 170 et 999 du Code civil concernant respectivement la forme des actes de l'état civil des Français et des étrangers dressés en pays étrangers, les formalités de la célébration du mariage entre Français, et entre Français et étrangers à l'étranger, la forme du testament authentique fait par le Français à l'étranger.

Ces trois cas, dans lesquels la volonté du législateur est formelle, ne sont-ils pas des indices du système adopté par notre législation touchant la règle générale applicable aux lois relatives à la forme extérieure des actes ? On n'en pourrait douter et, d'ailleurs, des raisons pratiques l'imposaient. Portalis l'explique bien clairement dans le « Premier exposé des motifs au Tribunat, le 3 frimaire an X : « De nos jours, les hommes ne sont pas toujours dans le même lieu ; les communications commerciales et industrielles entre les divers peuples

sont multipliées et rapides ; il nous a paru nécessaire de rassurer le commerce en lui garantissant la validité des actes dans lesquels on s'était conformé aux formes reçues dans les divers pays où ces actes pouvaient avoir été faits et passés (1). »

L'examen du projet élaboré par les commissaires du Gouvernement relaté dans les procès-verbaux du Conseil d'État (séance du 14 thermidor an II) (2) permet de se faire une idée précise de la position prise par les rédacteurs du code à cet égard. Ce projet portait notamment un article 6 ainsi conçu : « La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés. » Cette disposition, après avoir été adoptée par le Conseil d'État et par le Tribunat, et insérée dans l'article 4 définitif du projet du titre préliminaire, semble avoir été retranchée par le Gouvernement immédiatement avant la présentation du projet au Corps législatif, sans qu'il ait été donné des explications officielles à cet égard (3). Il est fort probable, autant que l'on puisse en déduire des observations faites par les orateurs du Tribunat (4), que les auteurs du code ont reconnu le bien-fondé des objections qui classaient cette règle parmi les « maximes de barreau » et lui reprochaient d'appartenir plus à la doctrine qu'à la loi.

(1) LOCRÉ, législation civile, t. I, p. 416, n° 4.

(2) LOCRÉ, *loc. préc.*, t. I, p. 395.

(3) Voir LOCRÉ, *loc. préc.*, p. 400, n°s 11, et 433 n° 12.

(4) Voir les discours prononcés par les tribuns Andrieux, les 12 et 23 frimaire an X (Locré, I, p. 418 et 436) ; THIESSÉ, le 24 frimaire (Locré, I, p. 486), et par Berlier, orateur du Gouvernement devant le Corps législatif, le 24 frimaire an X (Locré, I, p. 356, n° 19).

Quoi qu'il en soit, les textes positifs confirment ces conjectures ; la règle originaire a disparu comme principe, et il n'en est resté que quelques dispositions spéciales, d'une portée beaucoup moins générale, ne se rapportant qu'à certaines catégories d'actes.

Que faut-il en déduire, sinon que cette règle, qui n'a fait l'objet que d'une consécration législative partielle et restreinte à quelques cas déterminés, s'impose cependant par sa nécessité pratique aux tribunaux qui ne sauraient la méconnaître ni l'éluder ; « elle demeure une règle doctrinale dont l'application, sans être imposée en termes exprès, n'en doit pas moins être admise quand elle semble suffisamment justifiée par les circonstances » (BROCHER, I, p. 128).

On pourra peut-être encore discuter sur son étendue, sur les cas où elle doit être nécessairement appliquée, mais il est impossible de lui refuser le respect qui lui est dû obligatoirement.

C'est dans ce sens que la jurisprudence et les auteurs se sont généralement prononcés (1), et M. le procureur général Baudoin, devant la Chambre civile de la Cour de Cassation, dans de remarquables conclusions (sous Cass., 20 juillet 1909, CLUNET 1909, p. 1120), rappelait en termes particulièrement nets « que le législateur de 1804 n'avait pas voulu condamner la règle *locus regit actum*, puisque nous entendons les orateurs, même les

(1) DEMOLOMBE, I, p. 105, n° 3 ; AUBRY et RAU, I, § 31, p. 106 et s. ; Cass. civ., 24 août 1880, D. P. 1880, I, p. 447.

On verra plus loin que la Cour de Cassation, en dehors des cas prévus par le Code, censure les décisions qui n'ont pas fait application des lois étrangères sur les formalités relatives aux faits juridiques qui se sont passés sur leur territoire.

plus hostiles à l'article 6, reconnaître qu'il y a là une règle de droit certaine... C'est donc que, tout en l'acceptant et en la maintenant virtuellement, en l'appliquant dans trois cas déterminés, ils entendaient laisser à la pratique le soin de l'appliquer avec discernement, de la circonscrire ou de la développer suivant les besoins de l'époque, le droit d'accomplir en un mot cette œuvre progressive qui est essentiellement, en pareille matière, l'œuvre de la jurisprudence et qu'ils se reconnaissaient inhabiles et impuissants à faire par une règle impérative et désormais immuable ».

Nos tribunaux déclarent d'ailleurs tous les jours que la forme des actes juridiques est régie par la loi du lieu où ils sont passés ; qu'il s'agisse d'actes de mariage, de reconnaissance d'enfant naturel (Req. 2 août 1897, D. P. 98, I, p. 377), de donations (Cass. 29 juin 1922, D. P. 1922, I, p. 127), de testaments (Cass. civ. 20 juillet 1909, D. P. 1911, I, p. 185 et la dissertation de M. Politis, Amiens, II, déc. 1912, D. P. 1915, II, 93), la règle *locus regit actum* est toujours applicable quoiqu'elle ne soit cependant que facultative pour les testaments privés (dissertation de M. Politis précitée) ; la même règle s'applique encore aux constitutions d'hypothèques, aux effets de commerce (Paris, 14 déc. 1888, D. P. 90, II, p. 60) ; enfin, les formes de la procédure sont régies par les lois du pays où l'action est exercée (Paris, 17 fév. 1888, D. P. 1890, II, p. 5).

En un mot, la règle *locus regit actum* équivaut pour nos tribunaux à un texte impératif de notre législation positive, et le juge doit s'y soumettre comme à une disposition expresse de nos codes.

§ 4. — CONFLITS DE LOIS
CONSÉCUTIFS A UNE ANNEXION DE TERRITOIRE

Un rapport de droit litigieux est né antérieurement à l'annexion entre personnes qui devaient plus tard la subir ; le procès se déroule après l'annexion devant les juges du pays annexant ; ceux-ci ne sont-ils pas tenus de soumettre ce rapport juridique aux dispositions de la loi du pays annexé ?

Telle est la question qui s'est posée bien souvent devant nos tribunaux à la suite des différentes annexions de territoires qui eurent lieu dans l'Histoire au profit de la France.

Lors de la conquête de la plupart de nos colonies ou de leur mise sous le protectorat français, un texte est intervenu conservant aux indigènes une partie, sinon la totalité, des dispositions de leurs lois anciennes.

Mais le respect dû à la loi locale antérieure à l'annexion n'a pas été toujours inscrit dans un texte. Quels sont donc les principes admis à défaut de dispositions législatives formelles ?

Il est admis, en doctrine et en jurisprudence, qu'un pays ne change pas de législation par cela seul qu'il se trouve placé, par l'effet de la cession qui en a été faite, sous l'autorité d'un nouveau souverain. Par conséquent, la législation à laquelle il était soumis auparavant, du moins en ses dispositions touchant aux intérêts privés, continue à le régir tant qu'elle n'a pas été abrogée par le nouveau gouvernement. Selon la forte

expression de M. Bartin (1), en effet, l'annexion est « une sorte de succession de droit public du pays annexant au pays annexé ».

De sorte que le respect de la loi ancienne d'un pays annexé s'impose d'office aux tribunaux français, comme s'il s'agissait d'un texte de notre législation positive. La Cour de Cassation l'a d'ailleurs proclamé dans les décisions qui suivirent l'annexion de la Savoie et du comté de Nice, consécutive au traité de Turin du 24 mars 1860. C'est ainsi que se fondant d'une part sur l'application du code sarde à l'interprétation d'un testament fait à Nice en 1850, au profit de sujets sardes par une personne de même nationalité et dont la succession s'était ouverte dans cette ville avant l'annexion, et considérant, d'autre part, que la condition litigieuse insérée dans ledit testament de ne pas se marier sans le consentement maternel était légale aux termes des dispositions de ce code, la Chambre des Requêtes a rejeté le pourvoi sans examiner la question, eu égard à notre droit civil (Cass. Req. 22 janvier 1883, S. 1884, I, p. 25, et le rapport de M. le conseiller Babinet, ainsi que la note 1 à 4 de M. Lacointa (2). Et le 27 avril 1912, la Chambre criminelle déclarait encore bien nettement que la loi étrangère qui régissait avant son annexion un territoire réuni à la France se trouve, du fait de cette incorporation, « assi-

(1) BARTIN. Etudes de droit international privé, p. 177.

(2) Dans ce sens, Cass. 16 mars 1880. S. 1882, I, p. 174, C.p.r. Trib. de Commerce de Strasbourg, 10 octobre 1871, décidant que l'annexion de l'Alsace-Lorraine à l'Allemagne n'a pas abrogé *ipso facto* les lois françaises, et notamment le décret établissant le cours forcé des billets de la Banque de France (Rép. prat., Dalloz V°, lois et décrets n° 47 et s.).

milée à une loi française, puisqu'elle concerne un pays devenu français » (Cass. crim., 27 avril 1912, *Gaz. Pal.* 1912, II, p. 287).

La réintégration de l'Alsace-Lorraine à la France n'a pu donner lieu aux mêmes difficultés puisque, dès le 16 novembre 1918, un décret est intervenu, et qu'un texte formel, la loi du 17 octobre 1919, a stipulé dans son article 3 que les territoires d'Alsace et de Lorraine continueraient à être régis par les dispositions législatives et réglementaires qui étaient en vigueur lors de sa promulgation. Des conflits de loi interprovinciaux se sont toutefois élevés spécialement quant à l'application des articles 59, § 2, 181 et 420 du Code de procédure civile dans les litiges où des Alsaciens-Lorrains prétendaient se prévaloir des lois locales, « *Civilprozessordnung* », pour se soustraire aux règles de compétence des tribunaux français posés par ces articles, spécialement en matière commerciale. La question a été très discutée et controversée en doctrine et en jurisprudence (1). Les tribunaux ont été tout d'abord, en général, portés à considérer des lois locales comme seules applicables devant les tribunaux français, aux contrats passés avec des Alsaciens-Lorrains, par application de la loi du 24 juillet 1921 qui a réglé définitivement les conflits

(1) Voir toutefois dans le sens de la non application des lois locales, et par conséquent de la compétence des tribunaux français spécialement en cas d'appel en garantie d'Alsaciens-Lorrains devant ces juridictions : Trib. supérieur Colmar, 2 mars 1921, D. P. 1921, II, p. 65, et Strasbourg, 3^e Ch. 8 avril 1921, rapporté sous la note ; Rennes, 10 juin 1922, *G. P.* 1922, II, p. 571 ; Lyon, 2^e Ch. 31 janvier 1923, *Gaz. Pal.* du 23 mars 1923. Dans ce sens également les notes de M. le professeur Cheron au D. P. 1921, II, p. 1 et 65 C.p.r., la note de M. Niboyet au Sirey, 1921, II, p. 17.

entre la loi française et la loi locale d'Alsace-Lorraine en matière de droit privé (Nancy, 1^{er} Ch., 30 décembre 1921, aff. de Diétrich contre Tonnellerie Fruhinsholz [*Gaz. Pal.* 1922, I p. 441]; Besançon, 20 janvier 1921, *G. P.* sommaires *Gaz. Pal.* du 18 juin 1921; Seine, 29 septembre 1921, *Gaz. Pal.* du 10 janvier 1922, et Seine, 4 février 1921, *Gaz. Pal.* 25 février 1922).

Mais cette jurisprudence a été mise en échec par la Cour de Cassation qui semble avoir définitivement tranché la question dans le sens de l'application aux Alsaciens-Lorrains des règles de compétence du droit français devant nos tribunaux (Cass. Req. 14 mai 1923, *Gaz. Pal.* du 28 juin 1923). Cet arrêt se basant sur l'article 15, al. 1 de la loi du 24 juillet 1921, pour faire application à l'espèce de la *lex fori*, a donné compétence à un tribunal français saisi, de l'action principale, pour statuer sur l'appel en garantie et même en sous-garantie incidente formée contre des Alsaciens-Lorrains. (Voir le rapport conforme de M. le conseiller Albert Tissier, rapporté en note sous l'arrêt.)

SECTION III

Volonté des parties

En dehors des cas nombreux où notre législation positive laisse entrevoir la volonté du législateur, sinon formelle, tout au moins tacite ou présumée quant à l'application par le juge français des lois étrangères, ne faut-il pas laisser une place à l'autonomie de la volonté en cette matière; quel est le champ donné à la

libre volonté des parties ? A côté des lois impératives ou prohibitives contenant un commandement ou une défense et, d'une manière générale, ayant un caractère d'ordre public, il est une autre catégorie de lois qui ne sont que facultatives ou permissives et laissent chacun maître de se conformer à sa loi personnelle sur les points qui sont laissés à sa disposition ; les parties peuvent alors substituer aux règles écrites dans ces lois des règles différentes, voire même des règles adoptées par une législation étrangère.

Ce principe est nettement consacré par l'article 1134 du Code civil, qui, en décidant que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, exprime cette idée qu'il est loisible aux particuliers de régler leurs rapports autrement que ne l'avait fait le législateur toutes les fois qu'il n'a pas manifesté une volonté contraire. Et la règle posée par cet article du Code s'applique tout aussi bien à la volonté qui donne à la loi sa compétence internationale qu'à celle qui confère à nos lois permissives leur autorité dans les rapports purement intérieurs.

C'est ainsi que la jurisprudence, et en particulier la Cour suprême elle-même, se base sur l'article 1134 pour déclarer qu'en matière internationale les conventions qui font « la loi des parties » sont encore « loi » pour le juge qui se trouve lié par elles comme par un texte de notre législation positive (1).

(1) La Cour de Cassation a proclamé ce principe dans un vieux arrêt du 23 février 1864, SIREY 1864, I. p. 385 : « Attendu que pour décider si une convention a été légalement formée il faut l'examiner d'après les règles de la législation à laquelle sa formation était soumise ; Attendu

Dans son testament, par exemple, le disposant peut substituer aux règles établies par sa loi personnelle, pour la dévolution *ab intestat* de ses biens, l'expression de sa propre volonté ; rien ne l'empêche de s'approprier ainsi volontairement un régime successoral étranger ; et il en est de même de l'obligation résultant d'un contrat, si ce n'est que la dérogation résultant ici d'un accord de deux ou plusieurs volontés, les conventions dépendent alors du libre arbitre de toutes les parties contractantes.

Cette doctrine, fondée entièrement sur le respect dû à la volonté des parties, est incontestable lorsqu'elle est limitée à la sphère laissée à la liberté de l'homme par la législation interne ; mais au delà, il faut nécessairement lui assigner des limites rationnelles, et chaque fois que le principe d'autonomie viendra se heurter à une disposition impérative ou prohibitive d'une loi applicable à la cause, il devra s'effacer, car il n'existe que sous réserve du respect de l'autorité de la loi compétente. L'autonomie de la volonté ne s'applique donc que dans la mesure où la volonté des parties est souveraine (1). M. le professeur Pillet le fait particulièrement bien ressortir en observant que la volonté des parties, en droit inter-

que J... s'est embarqué à Hong-Kong, possession anglaise, en contractant avec la C^{ie} Anglaise Péninsulaire Orientale, que cette convention relevait de la législation anglaise... ; Attendu que l'arrêt attaqué en appréciant selon la forme française la preuve produite par la Compagnie à l'effet de se prétendre exonérée du dommage résultant pour J..., de la perte de ses bagages et en refusant ainsi d'examiner le litige au point de vue du statut anglais, a expressément violé l'article 1134 du C. civ., Casse..., etc. » Et depuis dans de nombreuses décisions, notamment Cass. 6 fév. 1900, D, 1900, I, p. 161 et la note de M. Lyon-Caen.

(1) C.p.r. Compiègne, 18 février 1922, *Gaz Pal.* 1922, I, p. 767.

national comme en droit interne, ne s'exerce que sous la volonté permissive du législateur. « Sans l'article 1134, C. civ., la volonté ne ferait pas en France la loi des parties ». (PILLET, Principes n° 223 précité, note 1), et il ajoute : « Là où le législateur ne prétend à rien autre qu'à suppléer à cette volonté ou à l'interpréter en cas de besoin, il est parfaitement exact de dire que l'on est dans le domaine de l'autonomie et que les conflits, s'il s'en présente, doivent être résolus par des arguments empruntés à leur volonté exprimée ou présumée. Mais encore cela n'est-il vrai que des lois facultatives, et, à côté d'elles, il en est d'autres qui, quoique ne concernant pas l'ordre public, s'imposent cependant aux contractants dans leur propre intérêt. A l'égard de ces dernières, on ne comprend plus que la volonté puisse avoir, au point de vue international, cette influence de déterminer la législation à laquelle le contrat sera soumis ». (PILLET, Clunet 1895, p. 941.)

Nombreuses sont en pratique les applications de cette doctrine devant les tribunaux, qui allant logiquement du principe général aux applications particulières ont été amenées à reconnaître dans diverses hypothèses les effets et les conséquences de l'autonomie de la volonté dans les limites permises par la loi.

Sans prétendre passer en revue les différents cas où il a été fait application de ce principe en jurisprudence, qu'il nous soit permis seulement de signaler tout d'abord les clauses compromissaires ou prorogations de juridiction si fréquentes dans le commerce et qui, cependant, en droit international voient leur champ d'application particulièrement limité. « La clause compromissoire, par

laquelle les parties déclarent que toutes contestations résultant d'un contrat seront réglées par arbitrage à Londres, ne peut recevoir son application si le contrat a été passé en France, l'article 1006 C. pr. civ. la prohibant absolument quand elle est stipulée d'une façon générale en vue de difficultés à venir... En l'espèce, le fait par l'acheteur d'acheter de son vendeur un connaissance portant une clause attributive de compétence aux tribunaux étrangers (Rio de Janeiro) est insuffisant pour lui faire perdre le bénéfice de l'article 14 C. civ. s'il n'est pas démontré qu'il a entendu y renoncer formellement.» (Rouen, 12 juillet 1921, Rec. Havre 1922, II, 56; *Gaz. Pal. Sommaires*, décembre 1922.)

Sous réserve des lois impératives ou prohibitives, la volonté des parties ne demeure pas moins souveraine, et c'est alors aux juges à apprécier soit d'après les termes exprès du contrat, soit d'après les circonstances, si elles ont entendu se référer à telle ou telle législation. La matière des conventions matrimoniales notamment fait l'objet d'une vaste sphère d'application pour l'autonomie de la volonté des parties, et la Cour de Cassation n'a pas hésité, sur ce point, à sanctionner la volonté des contractants en reconnaissant que le contrat de mariage pouvait être soumis à des lois étrangères; bien plus, lorsqu'aucun contrat n'a réglé les intérêts civils des époux, soit Français mariés à l'étranger, soit étrangers mariés en France ou à l'étranger, leur régime matrimonial ne dépend, aux termes de la jurisprudence, que de leur volonté commune en vertu d'un pacte ou convention tacite. En fait, c'est souvent la loi du domicile matrimonial que, dans bien des cas, les tribunaux déclarent

applicable, le choix de ce domicile étant considéré comme la manifestation la plus certaine de la volonté des époux (1); cette appréciation, toutefois, n'a rien d'obligatoire pour le juge qui peut toujours en décider autrement d'après les présomptions contraires (2). Les difficultés et les inconvénients ne sont pas des moindres quant à la détermination de la volonté exacte des parties, qui est toujours ainsi abandonnée à l'arbitraire du juge dont l'appréciation en fait est souveraine (3).

Enfin, parmi les actes volontaires, si bon nombre sont dominés juridiquement par la volonté de leur auteur, il en est d'autres pour lesquels, en raison de leur caractère délictueux ou quasi délictueux, ce principe d'autonomie de la volonté se trouve écarté par un principe plus fort que lui, celui du respect de l'ordre public et des lois de police ou de sûreté du pays dans lequel le fait dommageable s'est produit.

(1) Alger, 1^{re} Ch., 2 mai 1898, CLUNET 1899, p. 385; Caen, 15 janvier 1912, D. P. 1914, II, p. 183.

(2) Douai, 2^e Ch., 2 fév. 1899, CLUNET 1899, p. 825, et aussi Cass. Req., 9 mars 1891, D. P. 1891, I, p. 459; Paris, 26 juillet 1910, D. P. 1912, II, p. 25 et la note de M. le conseiller Feuilloley; Marseille, 8 mai 1913, *Revue droit international privé*, n° 10, p. 581.

(3) Aussi s'explique-t-on tous les efforts de la doctrine pour aboutir à l'élaboration d'un texte positif. A la suite d'un rapport de M. Pellet, la Société d'Études législatives (*Bulletin* année 1909, rapport 5, p. 429, et discussion n° 6 p. 449) avait proposé l'addition, à l'article 1393 C. civ., d'un paragraphe ainsi conçu : « Le régime matrimonial des étrangers mariés en France et des Français mariés à l'étranger est, à défaut de contrat de mariage, le régime légal adopté par la loi nationale du mari. » La convention de La Haye du 17 juillet 1905 (Allemagne, Belgique, France, Pays-Bas, etc.), relative aux conflits de législation en matière de contrat de mariage, en a décidé de même dans son article 2, en soumettant les conventions matrimoniales des époux à « la loi nationale du mari ».

Les termes de l'article 3, alinéa 1 du Code civil, sont en effet suffisamment impératifs en obligeant tous ceux qui habitent le territoire à s'y soumettre ; et, par raison d'analogie ou de simple réciprocité, la loi étrangère doit recevoir également application lorsque c'est à l'étranger que l'acte illicite ou dommageable a porté atteinte à la législation positive en vigueur dans ce pays (LAURENT, Droit civil international, t. VIII, n° 9 et s. p. 21 ; BROCHER, Cours de droit international privé, t. II, n° 182, p. 143). Toutefois, cependant, dans ce dernier cas, l'action étant portée devant un tribunal français, l'application de la loi étrangère reste encore soumise au respect de l'ordre public français.

Aucune juridiction française ne saurait, en effet, sanctionner l'infraction commise à l'étranger en violation d'un texte en vigueur dans ce pays, si les dispositions de ce texte allaient à l'encontre d'une règle d'ordre public en France, ou si, au point de vue français, le fait incriminé n'avait aucun caractère illicite ou répréhensible (1). Si bien que nous sommes amené à conclure, avec M. Valéry, « qu'un fait ne peut servir de base à une action devant nos tribunaux qu'autant qu'il lui sera reconnu un caractère illicite à la fois par la loi du pays où il s'est accompli et par la loi française (2). »

Cette solution incontestable dans le cas où le délit constitue une infraction à la loi pénale et où l'action

(1) Cass. Req., 25 mai 1894. CLUNET, 1894, p. 862.

(2) VALÉRY, Manuel, n° 674, p. 973. Et d'ailleurs, l'article 5 du Code instruc. crim. ne rend un délit commis à l'étranger punissable en France, que s'il est prévu à la fois par la loi du pays où il a été accompli et par la loi française.

civile est intentée avec l'action publique devant le tribunal de répression, a été étendue par la doctrine et la jurisprudence, au cas où l'action civile est exercée séparément devant le tribunal de première instance, soit même au cas où il s'agit d'un délit purement civil ou d'un quasi délit dont la réparation est réclamée en vertu de l'article 1382 C. civ. La responsabilité naît en effet de l'acte illégal et doit rester la même devant toutes les juridictions (1).

De nombreuses applications se rencontrent en jurisprudence, notamment au sujet de la responsabilité patronale sanctionnée par les lois forfaitaires sur les accidents du travail. Lorsque patrons et ouvriers appartiennent à des nationalités différentes, c'est en principe la législation du lieu où est survenu l'accident qui est seule applicable, sauf le cas de conventions spéciales telles que les conventions franco-italiennes des 15 avril 1904 et 9 juin 1906 (2).

Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse d'une manifestation de la volonté unilatérale ou d'une déclaration résultant d'un accord des parties contractantes, l'autonomie de la volonté, en tant qu'elle est souveraine, peut-elle être considérée comme une source d'application distincte des lois étrangères?

Nous avons vu qu'en droit international comme en droit interne, si la volonté des parties peut, en certaines matières, déterminer comme elle l'entend la règle de

(1) Voir rapport de M. le conseiller GEORGE-LEMAIRE, sous Req. 26 décembre 1899, D. P. 1900, I, p. 92.

(2) D. P. 1907, IV, p. 125, et plus généralement Appendice au titre XII du N. C. civ. annoté, loi du 9 avril 1898, art. 3, n° 273 et s.

droit à laquelle elles sont soumises, c'est uniquement parce que le législateur le veut ainsi ; « sans l'article 1134 du Code civil, la volonté ne ferait pas en France la loi des parties » (PILLET, Principes, *loc. préc.*, note 1, p. 430). Il en est de même en droit international privé et, sous réserve des principes d'ordre public, quoique la volonté soit autonome, on ne saurait voir en elle-même un principe de décision qui s'impose au juge avec la même force que celle résultant d'une manifestation de la volonté du législateur, soit expresse, soit même tacite ou présumée. La volonté des parties ne produit effet qu'en raison de la volonté permissive du législateur. Si bien, qu'alors même que les parties aient convenu expressément, dans la mesure qui leur est permise, de l'application d'une loi étrangère, si ces conventions tiennent lieu de loi à celles qui les ont faites, elles ne s'imposent pas au juge en cette qualité, mais uniquement par la volonté du législateur.

Il faut donc en conclure que la seule source d'application des lois étrangères par le juge français est, dans tous les cas, la volonté du législateur, quelquefois formelle, résultant des dispositions expresses, mais bien souvent seulement tacite ou induite de simples présomptions (1).

(1) Nous verrons les conséquences qu'il faut en déduire quant aux sanctions de la bonne application des lois étrangères, par les tribunaux et aux pouvoirs de contrôle de la Cour de Cassation sur leurs décisions,

CHAPITRE II

FONDEMENT DE L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES ET CONSÉQUENCES QUANT A L'OFFICE DU JUGE

De l'étude rapide à laquelle nous venons de nous livrer, en parcourant tout d'abord les dispositions expresses de notre législation qui ordonnent formellement au juge français l'application d'une loi étrangère, puis celles dont il est possible d'induire la volonté tacite, présumée ou même simplement permissive du législateur, il ressort que bien souvent nos tribunaux ont à faire application aux litiges dont ils sont saisis de dispositions législatives d'un pays voisin. Et toutes les fois que telle est la volonté de la loi, les tribunaux devront s'y conformer sans distinguer, selon que cette volonté est exprimée formellement, ou bien se dégage simplement des principes de notre droit qui en prescrivent l'application.

Aujourd'hui plus que jamais on ne saurait dire qu'une loi ne peut avoir d'effets hors du territoire où elle a été promulguée.

Le principe est donc certain et, quoique discuté encore par les anciens auteurs imbus de l'idée de souveraineté absolue d'un Etat dans les limites de son territoire (1), on peut affirmer avec M. Pillet que « toutes les fois qu'une définition de droit international faite soit par un traité, soit par la loi intérieure, soit par une coutume bien établie, conclut à l'application de la loi étrangère, le juge devra faire lui-même cette application » (*Principes*, n° 30, p. 83).

C'est donc pour le juge une obligation impérieuse d'appliquer la loi étrangère lorsque le droit international privé, reçu dans son pays, commande cette application. Et M. Pillet d'ajouter : « Obligé d'appliquer le droit consenti par l'Etat, il est à plus forte raison obligé d'appliquer le droit qui s'impose à l'Etat (2). »

Ainsi, d'après M. Pillet, la force de la loi étrangère, lorsqu'elle doit être appliquée, est la force même du

(1) En pure théorie, certains auteurs ont pu être amenés à soutenir qu'un Etat souverain est toujours libre de ne tenir aucun compte des lois étrangères et que si, néanmoins, sa législation renvoie sur certains points au droit étranger, c'est là un fait de bienveillance, convenance ou courtoisie internationale, *comitas gentium* (HOLLAND : De l'application de la loi, *Rev. droit int.*, t. 12-1880, p. 573). De même MM. Aubry et Rau, sur *Zachariae*, ont soutenu que l'application d'une loi étrangère étant une concession faite aux autres nations *ex comitate et ob reciprocam utilitatem* ne devait être admise que dans la mesure des convenances internationales (4^e édit., t. I, § 3, p. 91).

Il faut en rapprocher encore Fœlix, qui affirme comme principe fondamental que l'application des lois étrangères n'est qu'une concession et ne peut être exigée comme un droit (t. I, n°s 12 et 17). A cette doctrine, il faut opposer celle de l'école italienne qui, inspirée par Savigny et professée par Mancini, voyait dans l'application des lois étrangères « un devoir international d'obligation parfaite » (Rapport de Mancini à l'Institut de droit international, *CLUNET* 1874, p. 220 et s., 285 et s.). C.p.r. de Bar (*Encyclopédie*, p. 681-682).

(2) PILLET, *op. cit.*, p. 83.

droit international privé qui commande de l'appliquer, et le droit international privé a dans chaque pays force de la loi nationale, parce qu'il est du devoir de chaque Etat d'obéir à ses prescriptions (Note au Sirey 1893, IV, p. 9).

Qu'il nous soit permis cependant de ne pas adopter cette conception du principe servant de base à l'obligation, pour le juge, d'appliquer une loi étrangère et, tout en n'admettant pas le système de M. Pillet, on peut arriver néanmoins à une conclusion semblable.

Le principe de l'application d'un droit étranger étant admis, sur quoi repose l'obligation, pour le juge, d'appliquer en certains cas un autre droit que son droit national ?

Presque tous les systèmes cherchant à l'heure actuelle à expliquer l'obligation pour le juge d'appliquer une loi étrangère, sont dominés par le principe de la personnalité de la loi, et pour bien des auteurs la loi personnelle, qui est en général la loi nationale de l'étranger (MANCINI, LAURENT), est un élément de la nationalité inhérent à la personne qu'il doit suivre partout où elle se transporte. Dès lors, l'obligation qui s'impose au juge d'appliquer à chacun sa loi personnelle découlerait d'un principe du droit des gens régissant la communauté des différentes nations civilisées, principe reconnu et sanctionné par les Etats de cette communauté au même titre qu'une loi de droit interne par la société des individus membres de ces Etats. Et l'obligation pour le juge de respecter les lois étrangères, apparaîtrait alors comme une conséquence du principe de la souveraineté et de l'indépendance des Etats, prin-

cipe qui doit pouvoir s'exercer même au delà des frontières, hors du territoire, tant qu'il ne porte pas atteinte à l'indépendance et à la souveraineté d'un autre Etat (1).

Toutefois, s'il existe un droit international s'imposant aux tribunaux, ses dispositions positives présentent encore à l'heure actuelle de graves lacunes, et les rares textes consacrant ses principes ne sont conçus qu'en termes généraux et vagues qui ne peuvent servir que de directives au juge, sans l'asservir à la lettre d'un texte dont la rédaction généralement prématurée laisse à l'interprète une large marge d'appréciation.

Et si la loi n'indique pas au juge le droit international privé, il est forcé, dit M. Pillet, « par la nature même de ses fonctions, de le découvrir et de l'appliquer ». (*Revue prat. de droit int. privé*, 1890, 91, p. 125.)

Est-ce bien là une base suffisante d'application du droit étranger; l'initiative abandonnée au juge et la faculté qui lui est laissée de donner libre cours à son arbitraire et à son équité n'est pas la loi. On ne conçoit pas que le droit international laisse au juge toute liberté d'appliquer la loi étrangère ou la loi nationale, car, dit M. Laurent, « il est de l'essence même de la loi de lier le juge » (2), et le grand jurisconsulte belge d'ajouter : « La communauté du droit qui existe entre les nations implique que les lois étrangères sont obligatoires pour le juge aussi bien que les lois nationales. La nature du fait juridique détermine la loi qui doit recevoir son application, et le juge est tenu de l'appliquer, puisque

(1) FIORE. Droit international privé, traduction Pradier Fodéré 1875, p. 52.

(2) LAURENT. Droit civil international, II, p. 499, n° 273.

sa mission est de dire le droit ; or, il ne dirait pas le droit s'il décidait une question litigieuse par la loi de son pays, alors qu'elle doit être décidée par une loi étrangère (1). »

En matière d'application de lois étrangères, le rôle du juge n'est pas tant de dire le droit et de créer des droits nouveaux que de reconnaître simplement les droits déjà existants qui ont été acquis sous l'empire d'une autre autorité souveraine que celle à laquelle le juge est soumis. Et alors, s'il n'est pas besoin de texte impératif l'obligeant à appliquer la loi étrangère, du moins en faudra-t-il un l'autorisant à respecter les droits acquis à l'étranger. Nous sommes ainsi conduits à la théorie anglo-américaine ne reconnaissant l'existence d'un droit international que dans la mesure de la consécration que la loi nationale lui donne et qui le considère ainsi comme une branche du droit national. C'est, suivant la formule bien connue de Westlake, « la partie du droit national qui doit son origine au fait de l'existence, dans le monde, de juridictions territoriales différentes avec des lois différentes » (2).

Telle paraît être aujourd'hui la conception la plus juste du droit international privé. Mais quelle qu'ait bien été l'intention première du législateur lors de l'élaboration de la loi positive française, et notamment des textes consacrant expressément ou tacitement

(1) LAURENT. Droit civil international, n° 263, p. 470.

(2) « Private international law is that department of national law which arises from the fact that there are in the world different territorial jurisdiction possessing different law. » (*R.d.i.*, t. XII, p. 23, c.p.r. — ASSER et RIVIER. Droit int. privé, p. 31, sous note [1].)

l'application des lois étrangères, qu'il ait eu en vue le principe de la courtoisie internationale ou de la réciprocité, qu'il ait entendu déférer au respect des nationalités ou à la doctrine de la communauté de droits, peu importe ; un fait demeure certain et suffit à lui seul : c'est la volonté bien nette qui ressort des travaux préparatoires du Code civil français de conserver aux étrangers, dans certains cas, le bénéfice de leurs propres lois. Il ne faut pas chercher ailleurs le fondement d'application des lois étrangères par le juge français. « Le juge français, dit M. Colin, applique la loi étrangère non pour obéir à une règle de droit des gens, mais en vertu d'un commandement du législateur français..... il ne puise nulle part ailleurs que dans le droit français les règles de ses décisions, et s'il applique la loi étrangère, c'est que notre loi l'adopte et la consacre sur un point déterminé (1). »

Nous avons vu que l'examen des travaux préparatoires à la confection de l'article 3 du Code civil permet de se convaincre utilement de l'exactitude de cette interprétation. Si bien que toutes les fois qu'il existe un texte dans notre législation positive imposant au juge l'application de dispositions étrangères, on peut dire que ces lois étrangères auxquelles renvoie la loi nationale, deviennent en quelque sorte des prolongements et doivent être appliquées aussi exactement qu'elle-même (2).

Est-ce à dire que, hormis ces cas spécialement et expressément prévus par nos lois, il faille chercher une

(1) CLUNET, 1890. « Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère », p. 409.

(2) DE VAREILLES-SOMMIÈRES. Synthèse du droit international privé.

autre base, une autre autorité d'application d'un texte étranger à toutes les autres hypothèses si nombreuses pour lesquelles doctrine et jurisprudence s'accordent pour imposer au juge français l'application de la loi étrangère ? Selon la forte expression de M. de Vareilles-Sommières, « les principes tirés de la loi par l'interprétation et la déduction, sont encore la loi » (Synthèse préc.); si bien, que lors même qu'il est fait application d'un texte étranger en vertu de principes de notre droit, induits de la volonté tacite ou seulement présumée du législateur, c'est bien toujours de par la volonté de la loi qu'il s'impose aux tribunaux.

Enfin, quand les parties ont convenu d'un commun accord de l'application d'une loi étrangère, si le juge est tenu de déférer sur ce point à leurs conventions, c'est bien moins de par leur volonté, lorsqu'elle est autonome, qu'en vertu encore de la volonté permissive du législateur français.

Le problème est donc résolu : les lois étrangères, lorsqu'elles sont applicables devant nos tribunaux, puisent leur autorité dans la loi française qui en ordonne expressément ou tacitement, ou en permet seulement l'application.

Ce principe étant posé, quelles sont les conséquences qui vont nécessairement en découler quant à l'office du juge en matière d'application des lois étrangères ?

« Ces conséquences peuvent, dit M. Colin, se résumer en ceci qu'il n'y a nulle différence à faire entre l'application d'une loi étrangère et celle de la loi nationale.

Dans l'un et dans l'autre cas, les règles de l'administration de la justice resteront les mêmes. » (CLUNET, 1890, p. 412.)

Dès lors que le juge est tenu d'appliquer les lois étrangères sur l'ordre de sa loi nationale, dans tous les cas où les principes de notre droit en prescrivent l'application, il est difficile de ne pas admettre qu'il doive en faire une saine application comme s'il s'agissait d'un texte en vigueur de son pays. La loi française, dans ces cas, fait sienne en quelque sorte la législation étrangère à laquelle elle laisse la solution du différend pour lequel elle se déclare incompétente. Cette loi étrangère doit alors être considérée « comme faisant, quant à ce, partie de la législation nationale » ; elle est pour ainsi dire « naturalisée française par notre législation » (1).

Si bien que la seule conclusion logique qui s'impose en présence de la volonté très nette du législateur d'assimiler sur ce point la loi étrangère à la loi française et de lui conférer la même autorité, est de soumettre le juge dans cette hypothèse, aux mêmes règles, aux mêmes principes que s'il y avait lieu pour lui à la mise en œuvre d'une décision de sa loi nationale. On ne saurait faire utilement de distinctions dans la mission dont le législateur l'a implicitement investi en cette matière ; il doit y avoir assimilation complète : une loi remplace l'autre.

(1) FERRAUD-GIRAUD. *Revue de droit international privé* 1892, p. 253.

§ 1. — APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE D'OFFICE
PAR LE JUGE.

On peut dire tout d'abord, comme première conséquence de ces principes, que le juge est tenu de faire application de la loi étrangère d'office, si bien que, alors même que les parties n'en aient pas réclamé l'application ou même qu'elles l'aient écartée, le juge n'en est pas moins lié par le texte au même titre que s'il s'agissait d'une disposition de sa loi positive.

Cependant, si évidente que soit cette première conséquence découlant normalement de l'esprit et de la lettre de notre législation, elle n'a pas empêché certains auteurs d'avoir une opinion divergente, et c'est bien précisément un point sur lequel la doctrine est loin d'être unanime.

Trois opinions se sont fait jour sur la question.

A) Certains soutiennent tout d'abord que la loi étrangère étant un simple fait, le juge doit attendre, pour l'appliquer, qu'elle soit invoquée par ceux qui veulent en bénéficier (1). C'est ainsi que DEMANGEAT admet comme chose « évidente » que le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office la loi étrangère (t. I, p. 220, note a) (2). Ne pouvant sans doute justifier rationnellement

(1) Nous serons amené à revenir sur ce système que la jurisprudence a fait sienne, lorsque nous étudierons, dans une seconde partie, la preuve et l'établissement de la loi étrangère devant les tribunaux.

(2) Dans le même sens, WESTLAKE § 334, *Revue de droit international privé*, t. XIV, p. 304. Cette opinion semble avoir pris naissance en Allemagne; elle a été formulée dans le projet du Code de commerce du royaume de Wurtemberg (art. 9971): « Dans tous les cas où la loi

leur manière de voir, ces auteurs se contentent de répéter que la loi étrangère, expression d'une souveraineté étrangère, n'est pas légalement connue du juge, et que c'est donc à la partie l'alléguant à l'appui de ses prétentions à la prouver et à la produire devant la juridiction saisie.

Que penser d'un tel système qui soumettrait nécessairement l'application de la loi étrangère à la volonté des parties? Le juge ne peut bien certainement pas connaître le droit de tous les pays comme il est censé connaître sa loi nationale. Mais il n'en est pas moins tenu de s'informer des dispositions législatives d'un autre pays dont l'application peut être nécessaire à la solution du procès qui lui est soumis.

C'est donc à lui de faire toutes recherches utiles pour dire le droit, et s'il n'a pas en mains les éléments nécessaires pour découvrir la règle juridique à appliquer, pourquoi, en pareil cas, ne pas lui permettre de recourir aux instructions nécessaires pour l'éclairer; pourquoi lui refuser le droit de prescrire telle mesure propre à lui permettre de constater, dans le débat porté devant lui, les prescriptions des lois étrangères qu'il devra appliquer (1)?

autorise le juge d'appliquer une loi étrangère, il ne peut le faire que sur la demande de la partie, celle-ci est tenue de justifier des dispositions de la loi étrangère. » (FOELIX, Droit international privé 4^e édit., t. III, p. 220, note .)

Et de même un jugement du 14 février 1871 du tribunal d'Empire énonce les mêmes principes. « Quoique le juge doive appliquer le droit étranger en tant qu'il lui est connu et qu'il puisse à cette fin s'en enquérir d'office, cependant le juge n'est pas obligé de connaître le droit étranger ou de le rechercher par une information d'office, et la maxime *jura novit curia* ne peut être invoquée en matière de droit étranger. (CLUNET, t. I, p. 80).

(1) FERRAUD-GIRAUD, *Revue de droit international privé*, XXIV, p. 242.

B) La solution rationnelle est bien celle posant comme principe que le juge doit agir d'office. Grand nombre d'auteurs s'y rallient (1). La loi étrangère n'est pas un fait ordinaire pour le juge français; c'est un document dont la connaissance est généralement accessible à tous, aux magistrats, comme aux parties (BROCHER, p. 153).

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la loi étrangère est, comme la loi française, l'expression de la souveraineté de l'Etat qui l'a promulguée, et si elle émane, il est vrai, d'une autorité étrangère, le juge ne doit pas méconnaître son véritable caractère. La loi reste la loi dans tous les pays; la loi ne peut jamais être un fait, une simple obligation des parties; la loi, c'est le droit que le juge doit appliquer (LAURENT, II, p. 474). Et d'ailleurs, concevrait-on que ce fût aux parties à enseigner le droit au juge? C'est bien lui, au contraire, qui doit, au besoin, le leur révéler; les parties demandent simplement qu'on leur applique le droit; elles ne sont pas forcées de le connaître.

En droit positif français, les devoirs du juge sont connus; l'article 4 du Code civil sanctionne son refus de juger sous prétexte de silence ou d'obscurité de la loi en l'inculpant de déni de justice. Pourquoi ces mêmes devoirs ne s'imposeraient-ils pas au juge dans un conflit de lois de droit international? En matière internationale, lorsque la législation compétente est nettement désignée, le juge ne peut, sans manquer à sa mission qui

(1) LAURENT. Droit civil international, II, p. 473 et 474, n° 264. BROCHER, I, p. 153. ASSER et RIVIER, n° 14, p. 34. VINCENT et PENAUD, *Dictionnaire*, V^o loi, n° 44. DE BAR, § 32. WEISS, p. 554. DESPAGNET, p. 29.

est de dire le droit, se refuser d'appliquer d'office la loi compétente sans que les parties le lui demande. Restent, il est vrai, les difficultés d'application auxquelles il se heurtera, mais qui ne seront pas toutefois insurmontables, car la loi étrangère, si elle n'est pas connue de tous, n'en est pas moins publique, surabondamment attestée par sa promulgation et son application, et le juge peut toujours la connaître, sinon promptement, du moins facilement, même sans le secours des parties.

c) Mentionnons enfin, pour la rejeter de suite, une troisième opinion d'après laquelle le juge serait autorisé à appliquer la loi étrangère, mais n'y serait nullement contraint (1).

Le juge aurait ainsi un pouvoir entièrement arbitraire quant à la détermination de la législation à appliquer au litige qui lui est soumis ; il aurait le choix entre deux lois qui, bien souvent, peuvent être contradictoires. Un tel système ne fait que dénaturer la véritable mission du juge, qui est de dire le droit ; il l'élève au rang de législateur en lui permettant de faire le droit en même temps qu'il l'applique. Ceci se concevrait peut-être encore dans un pays de droit coutumier où les lois ne sont pas codifiées ; mais peut-on admettre qu'un juge français puisse entièrement à son gré appliquer la loi étrangère ou bien s'en tenir plutôt à sa loi nationale parce que cette dernière solution lui semble la plus simple et nécessite de sa part le moins de recherches ? Non, tout arbitraire doit être écarté ; « là où il y a des lois, le juge n'en est plus que le ministre ». (LAURENT, Droit civil

(1) *Kori Erörterungen*, t. III, p. 29, cité par de Bar, *op. préc.*

international, t. II, n^o 264, p. 475.) C'est la meilleure garantie de l'impartialité du juge pour les parties.

L'exposé sommaire des différents systèmes qui ont été proposés sur la question ne peut modifier la conclusion à laquelle nous nous étions arrêté; elle découle tout naturellement des principes qui sont la base même de l'obligation pour le juge d'appliquer la loi étrangère.

Nous avons vu que l'esprit, sinon la lettre de notre législation, soumet identiquement aux mêmes règles l'administration de la justice, que celle-ci ait à appliquer la loi nationale ou la loi d'un autre pays.

Dès lors, pourquoi ne pas laisser au juge le soin d'appliquer d'office la loi étrangère dans tous les cas où son application s'impose? Sa tâche lui sera d'ailleurs bien souvent facilitée par les parties qui se prévaudront d'elles-mêmes des dispositions de cette loi qui leur seront favorables. Mais en principe le juge n'est nullement obligé de garder une attitude expectante; il a même le devoir de rechercher lui-même tous les éléments juridiques qui lui sont nécessaires pour motiver sa décision.

Cependant, certains auteurs voyant la chose au pire ont envisagé l'hypothèse — bien peu probable en pratique — où le juge ayant recherché la loi étrangère, manque totalement d'éléments d'appréciation sur cet loi; « le juge présumera, disent-ils, en dernière analyse et sauf preuve contraire, que les dispositions de cette loi sont identiques à celles de sa loi nationale qui

deviendra ainsi, par interprétation et à titre subsidiaire, applicable au litige » (1).

Mais, fait remarquer Laurent, les décisions judiciaires ne peuvent être basées sur des lois probables et présumées ; elles se fondent sur des lois certaines. Vainement invoquerait-on la difficulté, pour le juge, de se procurer la connaissance exacte de la législation étrangère ; une difficulté, dit M. Asser, n'est pas un motif de droit, et la difficulté, dans l'état actuel des relations internationales, n'est jamais une impossibilité (2).

Les principes rationnels nous conduisent donc à imposer au juge l'application d'office et sans exception de la loi étrangère dans tous les cas où il y est contraint par la volonté tacite ou présumée du législateur.

§ 2. — BONNE INTERPRÉTATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE PAR LE JUGE

La volonté du législateur, en assimilant sur un point déterminé la loi étrangère à la loi nationale et en lui conférant, par là, la même autorité, a encore implicitement institué en sa faveur les mêmes garanties de bonne et saine interprétation (3).

(1) WEISS, Précis., p. 297. DE BAR, t. I, p. 135, et jurisprudence allemande citée sous la note 10. WESTLAKE, CLUNET 1882, p. 23, Cour d'appel de New-York, 6 mars 1883, CLUNET 1884, p. 428.

(2) LAURENT, Droit civil international, t. II, p. 475. ASSER, *Schets van het internationaal privaatrecht*, p. 23.

(3) Nous verrons, dans la troisième partie de cette étude, toutes les conséquences qu'il faudra en déduire quant au rôle de la Cour de Cassation en la matière.

On ne saurait admettre, en effet, que l'obligation pour le juge d'appliquer d'office une loi en vigueur dans un pays étranger puisse autoriser celui-ci à l'appliquer bien ou mal ; et si le juge français, dans la mission qui lui est conférée de faire application, dans certains cas déterminés, de la loi étrangère, doit s'assurer de sa propre initiative de l'existence du texte qu'il doit appliquer, il doit aussi en rechercher toute la portée pour en faire une saine application.

Certes, la mission confiée au juge n'est pas des moindres en l'espèce, car l'application de cette loi peut être, dans bien des circonstances, difficile à faire avec une sûreté complète : Un texte peut paraître clair et formel par lui-même, alors que, rapproché d'autres dispositions de la loi, sa portée pourra être discutée. Les nombreuses controverses doctrinales et jurisprudentielles dont les textes de notre loi nationale font l'objet, peuvent donner une idée des difficultés avec lesquelles un juge français se trouvera aux prises lorsqu'il voudra faire une saine application d'une disposition de loi étrangère. Mais est-ce là une raison sérieuse de dispenser le juge de rechercher la véritable interprétation qui doit être donnée à un texte étranger lorsqu'il en fait application ? C'est bien, au contraire, sur ce point qu'il faut multiplier pour les plaideurs les garanties d'une bonne justice en augmentant le nombre des recours et des degrés de juridiction, car si l'on veut dispenser la justice aux étrangers, on la leur doit exacte et sûre.

En effet, dans tous les cas où il est prescrit à nos tribunaux d'appliquer une loi étrangère, ce qui leur est ordonné c'est d'appliquer cette loi telle qu'elle est, et

non pas des règles plus ou moins équitables, ou fantaisistes, que cette loi n'a jamais établies. La loi en vigueur dans les autres pays ne doit pas être pour le juge un terrain d'étude sur lequel il puisse, à son gré, et cela aux dépens des plaideurs, laisser libre cours à toute l'originalité de son imagination. Car sous prétexte d'interprétation de leur loi, on ne saurait en modifier la portée, pas plus qu'il n'est permis, sous prétexte d'interprétation des conventions des parties, de les dénaturer complètement et de les destituer de leurs effets légaux.

Pour appliquer la loi étrangère comme elle doit réellement l'être, le juge français doit donc non seulement en consulter le texte, mais aussi rechercher comment elle est entendue par ceux à qui revient naturellement la mission de l'interpréter, c'est-à-dire par les autorités du pays où elle est promulguée. Et d'ailleurs, lorsque l'application de la loi étrangère a fait l'objet même des conventions des parties, lorsqu'elles ont entendu que leurs tractations seraient régies par telle ou telle loi, ne faut-il pas présumer qu'elles ont voulu s'y soumettre dans les conditions où l'on a coutume de l'appliquer (1).

Chaque législation étrangère forme en soi un tout complet, et ce serait un véritable non-sens que de vouloir élucider les points obscurs qu'elle présente en recourant aux solutions d'interprétation adoptées dans notre législation pour des difficultés de même ordre. Des textes identiques dans des législations différentes peuvent avoir un sens tout différent lorsque, par

(1) VALÉRY, *Manuel*, p. 604, n° 440.

exemple, les principes généraux du droit commun ne sont pas les mêmes dans un pays que dans l'autre. Certains textes de notre code ont devant nos tribunaux une interprétation qui leur est propre, et l'on ne saurait, par exemple, faire application de l'article 1382 ou 2279 du Code civil en dissociant ces textes des théories jurisprudentielles si importantes auxquels ils servent de base. De même concevrait-on un jugement d'un tribunal étranger qui, voulant faire application de la loi française, méconnaîtrait la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Il en est bien certainement à cet égard à l'étranger comme chez nous, et c'est pourquoi on ne peut que critiquer les décisions rendues par certaines juridictions partant de l'idée que « dans l'application de la loi d'un Etat étranger les tribunaux ne sont pas liés par la jurisprudence de cet Etat, pas plus qu'ils ne sont liés dans l'interprétation de la loi nationale par les décisions antérieures des tribunaux » (Seine, 2 juillet 1897; CLUNET 1898, p. 363; Paris, 17 juin 1899; CLUNET 1900, p. 138) (1).

(1) Il faut rapprocher de ces décisions un arrêt de la Cour de Nancy (1^{re} Ch., 14 novembre 1894. CLUNET 1895, p. 796), qui pour arriver à déterminer le sens des articles 33 et 34 de la loi espagnole du 30 juillet 1878 sur les brevets d'invention, les a rapprochés de l'article 20 de la loi française du 3 juillet 1844 sur le même objet. De l'identité de ces textes, elle en a déduit que le sens devait en être de même. Cette méthode, malgré toute son originalité, est entièrement vicieuse, et si elle n'a pas abouti en l'espèce à une hérésie, ceci est dû uniquement à la similitude parfaite des principes posés par les articles 1322 du Code civil français et 1225 du Code civil espagnol, relativement aux effets des actes sous seings privés, principes auxquels l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 n'a pas dérogé pour le cas de cession d'un brevet d'invention par acte sous seings privés. — Un autre exemple curieux

Cette jurisprudence se trouve cependant approuvée par quelques opinions doctrinales et notamment par M. PILLET (*Principes*, n° 30, p. 85), pour qui c'est aux juges français qu'il appartient de pénétrer le sens de la loi étrangère : « Encore qu'ils empruntent à une législation étrangère la totalité de leur sentence, ce n'est pas moins eux qui rendent la justice au nom et sous la responsabilité de l'Etat auquel ils appartiennent : ils compteront évidemment pour beaucoup les opinions dominantes dans le pays étranger, mais ces opinions ne seront pas pour eux obligatoires » (PILLET, *op. préc.*).

Beaucoup plus logique et digne d'approbation est l'arrêt de la Cour de Douai (1^{re} Ch., 7 mai 1901, CLUNET 1901, p. 810) qui, mise en présence de deux interprétations différentes d'un même texte, l'article 970 du Code civil belge, qui ne fait qu'un avec l'article 970 de notre Code, a accordé la préférence à l'interprétation belge pour l'appréciation de faits qui s'étaient passés en Belgique (1).

de similitude de texte et de divergence d'interprétation a fait l'objet d'une communication à l'Académie des sciences morales et politiques. (Séances et travaux de l'Académie 1900, p. 643). M. le vicomte de Lestrade a montré dans cette communication quelle différence profonde séparait l'interprétation donnée par la jurisprudence italienne à l'article 1005 du Code civil italien de celle donnée par la jurisprudence française à l'article 848, C. civ. français, bien que le texte italien soit la traduction littérale du texte français; il s'agit là, il est vrai, d'une de ces institutions fondamentales, la réserve, sur lesquelles les mœurs et les principes généraux de la législation ont le plus d'influence; en pareille matière, « l'identité primitive s'atténue bientôt, ce qui équivaut à disparaître; elle fait place à une similitude, à une ressemblance, puis à des analogies de forme qui écrasent les différences de fond ».

(1) « Attendu que c'est à bon droit que les premiers juges ayant à s'occuper d'un testament rédigé en Belgique par une testatrice de nationalité belge ne se sont point préoccupés de savoir si les règles de

Cette dernière solution a d'ailleurs le gros avantage d'éviter des contradictions toujours choquantes entre les décisions judiciaires françaises et étrangères dans un même procès (1).

Si donc, la bonne application de la loi étrangère exige de la part du juge une interprétation de cette loi, bien conforme à la jurisprudence des tribunaux qui la sanctionnent, on comprend, *a fortiori*, tout le respect qu'il doit avoir pour les déclarations émises par une autorité étrangère relativement à l'interprétation véritable de cette loi.

Un juge peut-il aller à l'encontre d'une pareille déclaration et faire prévaloir sur un avis officiel étranger son propre sentiment ? La question n'a jamais fait de difficultés dans les rapports publics de nations entre elles. Révoquer, en doute, une affirmation publiquement présentée par un Etat serait jugé une offense grave, et, en effet, il n'est pas douteux que le commerce international ne soit possible que grâce à cette confiance réciproque. Mais, en droit privé, des opinions divergentes ont pris jour.

La doctrine, en général, impose au juge la déférence à l'affirmation de l'autorité étrangère ; pour certains elle paraît être une conséquence directe du

formes prescrites par la loi française ont été observées, mais ont simplement recherché si la testatrice s'est conformée aux règles de la loi ou de la législation belge. Attendu qu'il n'est pas contesté que la date qui y est apposée répond, quant à la forme, aux conditions exigées par l'article 970 du Code civil belge. » (Douai, 7 mai 1901, cité au texte.) — D'après l'interprétation donnée à l'article 970 par les tribunaux belges, la fausseté de la date n'annule pas le testament, alors que la jurisprudence française a adopté une interprétation diamétralement opposée.

(1) C.p.r. DONNEDIEU DE VABRES. L'Evolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois, p. 555.

devoir de respect dont les Etats sont tenus les uns à l'égard des autres, devoir qui, pour M. Pillet (1), est le grand ressort du droit international tout entier, et il ajoute : « Cette obligation pour le juge doit demeurer inviolable de la part de nos juges si l'on veut que par réciprocité nos propres déclarations soient acceptées pour d'autres questions où il est pour nous du plus haut intérêt à voir protéger nos nationaux. »

Toute autre est l'opinion soutenue en jurisprudence ; nos tribunaux semblent avoir attaché bien peu de crédit aux déclarations des autorités étrangères quant à l'interprétation de leurs propres lois. C'est ainsi que la Cour de Montpellier (Aud. sol. 28 janvier 1895, aff. Freige, CLUNET 1895, p. 618), faisant application de l'article 19 du Code civil aux termes duquel la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste Française, a déclaré que restait Française et conservait sa nationalité d'origine la femme qui épouse un Ottoman, quelle que soit d'ailleurs, sur ce point, la pratique des autorités ottomanes. Et la Cour, pour écarter l'interprétation officielle de la loi ottomane du 19 janvier 1869 (art. 7), a ajouté : « Malgré l'autorité qui s'attache pour l'interprétation d'une loi étrangère à des documents émanés des autorités étrangères tels que circulaires ministérielles, notes diplomatiques, avis ou décisions du Conseil d'État, ces divers documents ne constituent que l'expression d'une opinion qui n'oblige pas les tribunaux français. »

(1) PILLET. Note au Sirey 1895, I, p. 449 et V, page 452,

La question soumise à la Cour paraissait en l'espèce, il est vrai, assez délicate en raison du silence observé par la législation turque ; mais il semble bien toutefois que, étant donnés les documents fournis à cet égard, l'on eut pu considérer que, d'après les autorités ottomanes, les mieux placées pour apprécier les lois turques, les femmes étrangères devenaient turques par leur mariage avec un sujet ottoman. Les documents produits ne mentionnaient, il est vrai, aucun texte législatif contenant une disposition expresse en ce sens, et la Cour s'est précisément arrêtée sur ce point pour dire « qu'une question de nationalité est de trop haute importance pour être résolue autrement que par un texte précis » ; mais il est trop évident que ce n'est là qu'une affirmation purement gratuite de la part de l'arrestiste, car il est malheureusement trop de cas dans notre propre législation où le raisonnement du juge et la recherche de l'esprit du législateur doivent suppléer au silence du Code (1).

(1) Il est intéressant de rapprocher de cette espèce l'argumentation beaucoup plus juste suivie par le Tribunal de la Seine dans la célèbre affaire du tableau de la « Joconde », où l'antiquaire Géri, se basant sur les dispositions de l'article 718 du Code civil italien, prétendait réclamer à l'Etat français une allocation correspondant à 10 % de la valeur de cette œuvre d'art pour l'avoir retrouvée et restituée au musée du Louvre, après les manœuvres dont il fut l'objet de la part de Peruggia. Le tribunal s'est basé tout d'abord sur des consultations de juriconsultes italiens qui avaient été produites par la défense pour déclarer que si, aux termes de cet article 718 C. civ. italien, « le propriétaire de la chose doit payer à titre de récompense à celui qui l'a trouvée, si celui-ci l'exige, le dixième de la somme ou du prix commun de la chose », ce texte ne semble pas avoir donné droit à récompense au profit de celui qui reçoit des mains de l'auteur même du vol l'objet volé surtout si, comme en l'espèce, l'objet n'a pas été trouvé au sens précis du mot, mais offert spontanément par le voleur

§ 3. — RÔLE DU JUGE EN PRÉSENCE DES DISPOSITIONS
DE DROIT INTERNATIONAL DE LA LOI ÉTRANGÈRE.

Si le juge français, ayant à faire application d'une loi étrangère, est astreint à une saine interprétation de la loi interne de ce pays, est-il aussi tenu de faire une bonne application des dispositions de droit international privé de cette loi ?

A côté de la loi positive interne d'un pays étranger dont le juge français fait application sur l'ordre impératif, présumé ou même tacite de son législateur, il est des dispositions constituant le système de droit international privé admis dans ce pays, qui peuvent se trouver en conflit avec les théories du droit international privé français.

Chaque État a en effet sa façon propre de concevoir ses obligations envers les autres États au point de vue de l'application du droit privé ; chaque État a son propre système de droit international privé qu'il applique seul dans sa législation et fait appliquer par ses tribunaux. Si bien que, pour résoudre les litiges qui se présentent devant ses tribunaux, il a le droit d'imposer au juge l'application de ses propres dispositions de droit international privé ; il n'est nullement obligé d'adopter

au prétendu inventeur qui en connaissait d'ailleurs l'origine frauduleuse. En second lieu, le tribunal relevant en fait que le tableau avait été « retrouvé » non en Italie, mais en France, à Paris, repoussa la demande de Géri, motif pris de ce que la sphère d'application de l'article 718 C. civil italien qui a un caractère de loi de police et de sûreté ne pouvait s'étendre au delà du territoire (Seine, 1^{re} Ch., 26 juin 1918, CLUNET 1918, p. 1249).

sur ce point la manière de voir d'autrui, qu'il peut d'ailleurs totalement méconnaître.

Dès lors, si, sur la volonté expresse, tacite ou simplement permissive du législateur français, le juge est amené à faire l'application d'une loi étrangère, peut-on dire qu'en toutes ses dispositions aussi bien de droit interne que de droit international privé, cette loi vient se substituer à la législation française ? Dans un conflit entre dispositions de droit international, le juge a-t-il la même mission que lorsqu'il est saisi d'un conflit entre dispositions de droit interne ; y a-t-il assimilation complète, la loi étrangère de droit international remplace-t-elle la loi nationale du juge ; en d'autres termes, le renvoi à la loi étrangère implique-t-il le renvoi au système de droit international privé du pays étranger ?

Supposant acquise et bien établie la nature juridique d'un rapport de droit, sa « qualification », suivant l'expression même de M. BARTIN (1), ce rapport reste-t-il régi par le système de droit international qui est propre aux institutions de droit interne de législation étrangère applicable à ce rapport, ou bien doit-on, par contre, le soumettre aux principes sanctionnés par la *lex fori* qui l'a qualifiée ?

Pour bien poser le problème, il est préférable de concrétiser la question en empruntant à la pratique un exemple parmi les espèces nombreuses soumises aux tribunaux :

Supposons qu'une juridiction française ait à statuer sur la capacité juridique d'un étranger domicilié en France. Tout le monde admet que le système de conflit

(1) BARTIN, Études de droit international privé.

consacré par la loi française, loi du juge saisi, soumet la détermination de la capacité juridique à la loi nationale de l'intéressé, par conséquent, en l'espèce, à la loi nationale de l'étranger. Or, il peut se faire que cette loi nationale de l'étranger, en même temps qu'elle contient des dispositions de droit interne qui fixent la majorité civile à vingt-cinq ans, contienne également des dispositions d'une autre nature, dispositions de droit international qui aient pour objet de résoudre à l'usage des tribunaux auxquels elle commande les conflits de loi, et qui précisément soumettent à la loi du domicile de l'intéressé la détermination de sa capacité juridique.

Que va faire le juge en présence de ces textes ? Deux solutions s'offrent à lui : ou bien il obéira strictement aux injonctions de l'article 3 du Code civil l'obligeant à faire intervenir la loi nationale de l'intéressé, et alors il appliquera à ce dernier les dispositions de droit interne de sa loi nationale qui fixent la majorité civile à vingt-cinq ans, sans s'arrêter aux dispositions de droit international de cette même loi qui, en renvoyant à la loi du domicile, auraient pour conséquence de réduire à vingt-et-un ans l'âge de la majorité — ou bien, au contraire, il appliquera à l'étranger les dispositions du droit international consacrées par sa loi nationale, c'est-à-dire, en fin de compte, les dispositions de droit interne de la loi française qui fixe la majorité civile à vingt-et-un ans, sans s'arrêter aux dispositions de droit interne de cette même loi qui fixent la majorité à vingt-cinq ans.

Voilà un exemple courant et des plus fréquents des conflits « de renvoi » dont nos tribunaux se trouvent saisis.

Bien souvent ces conflits sont la conséquence du renvoi de la *lex fori* à la loi nationale qui elle-même reconnaît compétence à la loi du domicile en matière de statut personnel, de successions mobilières, voire même pour la détermination des causes de divorce, de séparation de corps ou des cas d'empêchement à mariage ; mais on peut tout aussi bien trouver matière à conflits de ce genre lorsque la *lex fori* renvoie à la *lex rei sitae*. Enfin, il se peut que la loi à laquelle renvoie la loi nationale ou la *lex loci actus* ne soit pas la loi du tribunal saisi ; le raisonnement sera toujours le même.

C'est en matière de succession que la question s'est posée pour la première fois devant les tribunaux et a donné lieu à de nombreuses controverses doctrinales.

Totalement ignorée des anciens auteurs, la « théorie du renvoi » a vu le jour avec la fameuse affaire de la succession Forgo (Cass. 24 juin 1878, S. 1878, I, p. 429), dans laquelle la Cour suprême n'a d'ailleurs fait que sanctionner un système des plus ingénieux imaginé par l'Administration des Domaines pour se faire envoyer en possession de cette succession en déhérence en vertu de l'article 766 C. civ., et écarter ainsi l'action en pétition d'hérédité introduite par des parents collatéraux qui, d'après la loi nationale du défunt, auraient eu des droits à exercer. Cet arrêt, qui pose comme principe que l'on doit appliquer la loi française à titre de loi du domicile lorsque la loi nationale en prescrit l'application, a été le point de départ d'une longue série de décisions judiciaires en France et à l'étranger et d'une controverse qui, à l'heure actuelle, est bien loin encore d'être épuisée entre les auteurs des différents pays.

La véritable littérature qui existe déjà sur la question et l'abondance des matériaux nous obligera à réduire la portée de nos observations sur ce point, pour les ramener au cadre relativement restreint que nous leur avons assigné dans notre étude. Nous nous contenterons donc d'opposer les deux groupes de théories en présence pour en déduire la solution rationnelle à laquelle nous devons nous arrêter.

Le système de renvoi tel que l'a conçu la Cour de Cassation en 1878 pour les besoins d'une espèce (affaire Forgo), n'a pas tardé à faire jurisprudence, et, en 1882, la Chambre des Requêtes, appelée une seconde fois à statuer sur la même affaire, sur nouveau pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de renvoi (Toulouse, 22 mai 1880, Sirey II, p. 294; Cass. Req. 22 février 1882, S. 1882, I, p. 393), n'est pas revenue sur la décision de la Chambre civile.

Les cours et tribunaux, par la suite, se sont prononcés d'une façon à peu près constante dans le sens de l'acceptation du renvoi (1), et la Cour suprême elle-

(1) Paris, 23 mars 1888 (S. 1888, II, p. 131); Seine, 17 avril 1888 (CLUNET 1888, p. 814); Seine, 19 mai 1888 (CLUNET 1888, p. 791); Seine, 8 janvier 1891 (CLUNET 1891, p. 962); Seine, 6 avril 1894 (S. 1899, II, p. 105 *ad notam*), 26 juillet 1894 (CLUNET 1894, p. 1007); Paris, 31 juillet 1895 (S. 1899, II, p. 105); Lyon, 29 juillet 1898 (CLUNET 1899, p. 569); Douai, 2 février 1899 (CLUNET, 1899, p. 825); Paris, 15 mars 1899 (CLUNET 1899, p. 794); Seine, 4 décembre 1899 (CLUNET 1900, p. 308); Pau, 19 avril 1902 (CLUNET 1903, p. 1875); Aix, 9 juillet 1903 (S. 1906, II, p. 257); Cass. 18 juillet 1905 (*Rev. de droit international privé et de droit pén. int.* 1906, p. 200); Aix, 19 juillet 1906 (CLUNET, 1907, p. 152); Grenoble, 31 mars 1908 (S. 1908, II, p. 257); Cass. Req. 1^{er} mars 1910 (CLUNET 1910, p. 888) sur le rapport de M. le conseiller Denis; Seine, 13 juillet 1910 (CLUNET 1912, p. 912); Seine, 17 avril 1912 (CLUNET 1913, p. 175); Nice, 11 novembre 1912 (CLUNET 1914,

même semble d'autant moins portée à abandonner sa jurisprudence qu'elle l'a affirmée à nouveau et plus récemment dans l'affaire Hermann Soulié (Cass. Req. 1^{er} mars 1910, CLUNET 1910, p. 888). Un revirement de sa part est donc plus que problématique, et cela d'autant plus que la Cour suprême ne pourrait se résoudre à un changement de doctrine sans abandonner du même coup toutes ses vues d'ensemble sur le droit international privé et plus spécialement sa jurisprudence sur l'irrecevabilité du pourvoi pour violation de la loi étrangère.

La Cour de Cassation, nous le verrons dans la troisième partie de cette étude, s'est toujours obstinément refusée à voir dans la loi étrangère applicable en France un élément incorporé de la loi française. Or, c'est précisément sur ce point que se fondent les adversaires du renvoi qui, s'appuyant sur des principes rationnels, voient dans l'application de la loi étrangère par le juge français un commandement ou une licence du législateur français.

Quoique très discuté et même condamné sévèrement par une grande partie de la doctrine, le système du

p. 204); Seine, 11 février 1913 (CLUNET 1913, p. 1232); Seine, 1^{re} Ch., 28 février 1920 (CLUNET 1920, p. 680); C.p.r. Aix, 28 janvier 1920 (CLUNET 1923, p. 99); Rennes, 24 juillet 1923, acceptant le renvoi de la loi américaine à la loi du domicile (principe posé dans les motifs), *Gaz. Pal.* du 27 octobre 1923. Voir toutefois *contra* dans le sens du rejet du système du renvoi; Seine, 10 février 1893 (CLUNET 1893, p. 530); Dieppe, 2 avril 1896, confirmé par Rouen, 30 juin 1897 (*Rev. de droit international privé et de droit pén. int.* 1906, p. 507); Libourne, 26 mai 1896 (CLUNET 1897, p. 1036); Paris, 2 avril 1896 (CLUNET 1897, p. 165) et surtout Paris, 1^{er} août 1905 et Pau, 11 juin 1906 (SIREY 1908, page 257; Seine, 1^{re} Ch., 20 juillet 1923 et les conclusions conformes de M. le substitut Sugier (*Gaz. Pal.* du 27 octobre 1923).

renvoi tel que l'applique la jurisprudence française a trouvé, il faut le reconnaître, quelques approbateurs et non des moindres (1).

Disons tout de suite, avant d'entrer dans les controverses doctrinales, que ce système a même fait l'objet de consécutions législatives dans les lois positives les plus récentes.

C'est ainsi que la loi d'introduction au Code civil allemand a admis dans son article 27 le renvoi, mais seulement lorsqu'il aboutit à l'application de la loi allemande en matière de capacité juridique de la personne, validité du mariage, détermination du régime matrimonial, divorce, succession (2).

De même la loi japonaise du 15 juin 1898, dite de « Ho. Rei », a généralisé cette disposition de la loi allemande et a admis le renvoi dans toutes les hypothèses (3).

A côté de ces dispositions législatives, il faut mentionner encore la convention de La Haye du 12 juin

(1) WEISS. Traité, tome III, p. 77 et suiv. ; Ambroise COLIN, note au *Dalloz* (1907, t. II, p. 1) dans laquelle M. Colin s'étonne que l'on propose à la Cour de Cassation de revenir sur sa jurisprudence, ce qu'elle ne pourrait faire, dit-il, sans l'ébranler d'autres côtés.

Adde : P. FIORE. Du Conflit entre les dispositions législatives de droit international privé (CLUNET, 1901, p. 424 et suiv.). WESTLAKE. *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XVIII, p. 35 et suiv. ; DE BAR. *Théor. und. Praxis*, t. I, numéro 94, et *Annuaire de l'Institut de droit international privé*, t. XVIII, p. 51 et 153.

(2) KEIDEL. De la théorie du renvoi en droit international privé selon le nouveau Code civil allemand (CLUNET, 1901, p. 82 et suiv.).

(3) L'article 29 de cette loi est ainsi conçu : « Lorsque la loi nationale d'une personne est déclarée applicable, si d'après la loi de son pays les lois du Japon doivent lui être appliquées, on applique ces dernières. » (CLUNET 1901, p. 639.)

1902, conclue pour régler les conflits de lois en matière de mariage. L'article 1^{er}, sans consacrer expressément le principe du renvoi, l'a admis cependant, mais en tant seulement qu'il est favorable à la validité du mariage (1).

Comment expliquer cette consécration de la théorie du renvoi ? Comment les auteurs ont-ils pu arriver à la justifier ?

C'est précisément vers ce but qu'ont tendu tous les efforts d'une partie de la doctrine cherchant après coup un fondement rationnel au système qui a été véritablement l'œuvre de la jurisprudence, et les recherches auxquelles les auteurs se sont livrés ont été le point de départ de théories diverses qui n'ont guère gardé du renvoi que le nom (2).

D'après ces auteurs, lorsque le législateur, sans parler spécialement des étrangers, déclare en termes généraux que l'état et la capacité de la personne sont régis par la loi nationale ainsi que le fait la loi italienne,

(1) ART. 1^{er}. « Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi. » (S. [Lois] annotés de 1905, p. 883.)

Par contre, il est à signaler que l'Institut de droit international, dans ses sessions de La Haye (1898) et de Neufchâteau (1900), a repoussé la théorie du renvoi dans une formule un peu vague peut-être, mais qui ne laisse cependant aucun doute sur la pensée de ses auteurs : « Quand la loi d'un Etat règle un conflit de loi en matière de droit privé, il est désirable qu'elle désigne la disposition même qui doit être appliquée à chaque espèce et non la disposition étrangère sur le conflit dont il s'agit. » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XVIII, p. 179.)

(2) Dans une étude remarquablement documentée, M. Lainé a fait l'exposé de ces différents systèmes, ainsi que leur critique (*Revue de droit international privé* 1906, p. 605 et suiv.). Voir également Audinet, note au Sirey 1908, p. 257 et suiv.).

et aussi suivant l'interprétation commune, la loi française, le juge doit penser, disent-ils, que le législateur a statué dans les limites de sa compétence, c'est-à-dire pour ses nationaux et non pour des étrangers. Si bien que cette règle visant les nationaux ne peut s'appliquer aux étrangers que si elle n'est pas contredite par leur loi propre ; et si leur loi nationale contient des dispositions limitant la portée des règles de droit interne de cette loi, ces dispositions ne peuvent être dissociées les unes des autres. Lors donc que le statut personnel est régi par la loi nationale, il faut appliquer cette loi tout entière, sans faire entrer dans ses dispositions un choix arbitraire qui aboutirait à exclure celles qui concernent l'hypothèse où les personnes soumises à la loi sont domiciliées à l'étranger. Le changement de domicile des étrangers pour Westlake et Fiore (*op. et loc. préc.*) les soustrairait à l'application des lois internes de leur pays, comme ils y seraient soustraits par un changement de nationalité. Et Fiore d'en conclure que « les règles législatives concernant le droit international privé doivent avoir la même autorité que le statut personnel, parce qu'elles en sont un élément intégrant et complémentaire (1). »

(1) *Journal de droit inter. privé* 1901, p. 692. Dans le même sens, Colin note au *Dalloz* précité, et de Vareilles-Sommières, Synthèse du droit international privé t. II, p. 97. C'est également dans ce sens qu'est nettement portée la récente doctrine anglo-américaine de la « théorie du renvoi », sur laquelle s'est appuyé M. Théry pour essayer de critiquer la doctrine généralement admise en France. M. Théry, dans un article des plus intéressants (*CLUNET* 1911, p. 432), rapproche les vues de M. le professeur Lorenzen, de Washington, de celles de M. le professeur Dicey, d'Oxford, qui tous deux concluent à l'acceptation du renvoi. La thèse de M. Dicey, dit M. Théry, est la suivante :

Pour ces auteurs, il y aurait empiètement sur la souveraineté étrangère par le législateur français, si l'on prétendait appliquer aux étrangers les dispositions de droit interne faisant partie de leur loi nationale dans des cas où cette loi elle-même n'entend pas être appliquée. Enfin, disent-ils, au point de vue pratique, le système du renvoi aurait des avantages indéniables en donnant satisfaction au principe de l'efficacité des décisions et des actes, car si un tribunal français, contrairement au prescrit de la loi anglaise par exemple, applique cette dernière à un Anglais domicilié en France, les tribunaux anglais refuseront sans doute de rendre cette décision exécutoire en Angleterre.

« Lorsque l'expression « loi d'un pays » est employée dans l'énoncé d'un principe de droit international privé anglais, il faut, lorsqu'il s'agit d'un pays étranger, l'Italie par exemple, entendre par cette expression toute règle de droit interne ou non que les tribunaux de ce pays appliquent à la solution de l'hypothèse visée par le principe en question. En d'autres termes, lorsque les tribunaux anglais rendent une décision dans laquelle il y a lieu de s'en rapporter à la loi d'un pays étranger, ils prennent cette loi dans son intégralité y compris les principes de droit international admis par les tribunaux de ce pays ; en un mot, ils ont toujours accepté la doctrine du renvoi dans sa plus large acceptation. » Et M. Théry d'en conclure que lorsque, en France, la Cour de Cassation, dans son arrêt du 1^{er} mars 1910 (CLUNET 1910, p. 888), a fait application de la théorie du renvoi à la succession mobilière d'un étranger, elle a pris la loi étrangère (loi américaine) dans son intégralité et a adopté le principe de droit international américain d'après lequel il fallait appliquer la loi française ; mais quand elle a appliqué cette dernière par renvoi de la loi américaine, c'est le droit interne qu'elle a appliqué parce qu'en réalité, dit-il, « il n'existe dans la loi française aucune disposition de droit international soumettant à la loi étrangère la succession mobilière de l'étranger », et si les tribunaux appliquent en général la loi nationale de l'étranger à sa succession mobilière, « c'est à raison de conceptions juridiques françaises qui leur ont paru rationnelles ». On évite ainsi, dit-il, par ce raisonnement, de tomber dans un cercle vicieux (CLUNET 1911. art. précité, p. 432).

De ces théories, il faut rapprocher, quoique basée sur une idée un peu différente, la construction juridique élaborée par M. Weiss (Traité, t. III, p. 77 et s.) et dont l'argumentation a eu la bonne fortune d'éblouir le rapporteur de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 1^{er} mars 1910 (précité).

Pour M. Weiss, aller scruter les dispositions du droit étranger différent du nôtre — chose parfois délicate — écarter dans ce but celles des dispositions de notre propre droit qui paraissent le mieux fondées en raison et en équité, alors que la loi étrangère elle-même ordonne à ses sujets résidant en France de s'incliner devant le droit français, n'est-ce pas susciter, comme à plaisir, un conflit de lois dans une hypothèse où par suite de l'heureux renvoi du droit étranger, tout conflit se trouve précisément écarté d'avance. On n'aperçoit pas, dit le savant auteur, quelles raisons il pourrait y avoir pour nos tribunaux d'appliquer une loi différente de la leur, lorsque la loi étrangère elle-même s'incline devant elle et lui subordonne les litiges de ses propres nationaux ? Et M. Weiss d'ajouter : « N'est-ce pas se montrer plus royaliste que le roi ? » Pourquoi refuser le cadeau qui nous est fait par le législateur étranger ?

C'est sans doute la clarté et la simplicité de ce raisonnement qui a frappé la Cour de Cassation et qui a attiré les suffrages de la Chambre des Requêtes dans son arrêt du 1^{er} mars 1910.

Son éminent rapporteur, M. le conseiller Denis, s'en est d'ailleurs largement inspiré, et ses conclusions nous montrent une fois de plus combien nos tribunaux sont en général peu soucieux d'appliquer les lois étrangères

lorsqu'ils découvrent un moyen leur permettant de s'en dispenser. M. le conseiller Denis ne s'en est d'ailleurs nullement caché en concluant : « J'aime mieux que les tribunaux français, quand cela leur est permis, jugent d'après la loi française que d'après une loi étrangère qu'ils ne connaissent pas. J'aime mieux la loi française que la loi étrangère... J'aime mieux ce qui est simple que ce qui est embrouillé... » (1). C'est sur cette argumentation que la Cour, suivant fidèlement son rapporteur, a sanctionné une seconde fois le système du renvoi ; l'autorité décisive de la Cour régulatrice permet d'affirmer que pour longtemps encore la théorie du renvoi dominera la jurisprudence française.

Quelques décisions dissidentes ont cependant fait écho aux nombreuses critiques doctrinales qui, depuis l'affaire Forgo, n'ont cessé de tenter une réaction sur les tribunaux ; et, à la suite de M. Labbé qui, le premier, n'a pas hésité à condamner la théorie du renvoi (CLUNET 1885, p. 6 et s.) et à porter les plus sévères critiques contre la jurisprudence de la Cour suprême, bon nombre d'auteurs, tant en France qu'à l'étranger, menèrent une véritable campagne contre cette doctrine hérétique (2). C'est ainsi qu'entrant dans la voie tracée dès 1893 par un jugement du Tribunal de la Seine (10 février 1893, CLUNET 1893, p. 530) trop peu remarqué en son temps,

(1) Rapporté au CLUNET 1912, p. 4009.

(2) Voir notamment LAINÉ (CLUNET 1896, p. 241) ; BARTIN (DALLOZ 1898, II, 281) et Études de droit international privé, p. 83 ; PILLET, Principes, p. 159, et *Revue droit international privé* 1913, p. 5 ; SURVILLE et ARTHUYS n° 30 ; DONNEDIEU DE VABRES, p. 599 ; LIGEOIX, CLUNET 1903, p. 482 et 1904, p. 551 ; PERROUD, Notes au CLUNET 1910, p. 584 et 889, et CLUNET 1923, p. 105.

une section de la Cour de Paris (Paris, 2^e Ch. 1^{er} août 1905, *Rev. droit international privé* 1906, p. 610) entraînant dans son sillage la Cour de Pau (Pau, 11 juin 1906, même *Revue* 1906, p. 765) essaya de tenir en échec la jurisprudence jusqu'alors admise et de donner le signal du revirement tant souhaité en doctrine; enfin, un jugement tout récent du Tribunal de la Seine (1^{re} Ch., 20 juillet 1923, *Gaz. Pal.* du 27 octobre 1923), rendu sur les conclusions conformes de M. le substitut Sugier, est une condamnation de plus de la théorie du renvoi (voir dans ces conclusions un exposé remarquablement net et lumineux de la doctrine rejetant le système du renvoi) (1).

Toutes les critiques que l'on a pu élever contre le renvoi se ramènent en quelque sorte à un seul et puissant argument, qui a fait d'ailleurs la base principale et unique de la démonstration de M. Lainé, et qui a été, à vrai dire, le seul utilement retenu par les Cours de Paris

(1) C.p.r. également un jugement du Tribunal de la Seine du 28 avril 1906 (CLUNET 1906, p. 1146) qui a implicitement rejeté le « renvoi » en décidant que le mariage de deux israélites autrichiens célébré à Paris uniquement devant l'officier d'état civil était nul comme contraire au statut personnel autrichien. Le tribunal a vu dans l'affaire une règle du statut personnel; il était maître de sa qualification; il eut tout aussi bien pu y voir une question de renvoi, et cela précisément en ce qu'il n'a pas déferé au renvoi de la loi autrichienne qui renvoyait à la *lex fori* pour la forme du mariage à l'étranger de ses nationaux qui y sont fixés sans esprit de retour.

Il est intéressant, à ce propos, de remarquer la similitude qui existe entre les décisions qui sanctionnent la qualification de la *lex fori* et celles qui repoussent la théorie du renvoi. M. BARTIN a relevé la contradiction flagrante qu'il y aurait dans l'admission du renvoi, alors que nos tribunaux affirment que la qualification dépend de la *lex fori* (BARTIN, note au CLUNET 1897, p. 737. C.p.r. PERRAUD, note au CLUNET 1923, p. 105.)

et de Pau, dans leurs arrêts de 1905 et 1906, et par le Tribunal de la Seine, dans son jugement du 20 juillet 1923 (précités).

L'argumentation de ces décisions se ramène à deux propositions :

1^o Dans chaque législation, les dispositions de droit interne sont distinctes des règles de droit international, et ne doivent pas se confondre avec elles ;

2^o Les règles de droit international privé sont territoriales, c'est-à-dire que le juge doit appliquer celles que formule sa propre loi, sans se préoccuper des dispositions différentes qui se rencontrent dans les législations étrangères.

Ces deux règles découlent normalement et sont la conséquence nécessaire des seuls principes rationnels qui puissent servir de base à une conception juste du droit international privé (1).

(1) « Attendu, dit le Tribunal de la Seine (20 juillet 1923 précité), qu'il est impossible de prétendre obéir à l'article 3 C. civ. français qui fixe le statut de l'étranger d'après sa loi nationale, en faisant le renvoi à la loi du domicile, sans créer une confusion entre ce qui est le droit interne de chaque pays et ce qui n'est que son droit international ou ses règles de conflit ;

« Attendu que, en disposant que le statut d'un étranger doit être fixé par sa loi nationale, notre Code civil entend fixer ce statut d'après la loi interne du pays étranger ;

« Attendu que, en déterminant le statut d'un étranger par la loi de son domicile, pour être conforme à sa loi nationale, on ne se conforme pas à notre législation française ;

« Attendu, en effet, que ce que l'on consulte, dans la loi étrangère, ce n'est pas son droit interne mais son droit international, c'est-à-dire la conception qu'il s'est faite de son droit de souveraineté ;

« Attendu que, en acceptant le renvoi dans ces conditions, on appliquerait en France la loi anglaise, qui fixe les limites de la souveraineté

Si l'on admettait, en effet, l'ingérence d'un système de droit international étranger dans notre propre législation et la référence de notre loi aux dispositions de droit international d'un pays étranger, on aboutirait nécessairement à un cercle vicieux, les deux systèmes internationaux français et étrangers se renvoyant indéfiniment la détermination de la loi interne applicable ; et ce n'est qu'à la seule condition d'accepter finalement le renvoi de l'une des deux législations à la loi interne de l'autre que la question pourrait être solutionnée par application de l'une ou de l'autre.

On voit donc déjà tout le côté paradoxal du renvoi, et en supposant même possible, en saine logique, un conflit entre législations de droit international privé, ce conflit, d'après les principes fondamentaux d'une bonne doctrine de droit international, ne pourrait se régler que par l'application exclusive de la *lex fori* à la question des conflits de lois.

Il doit en être ainsi en raison de la nature même et de l'objet de ces dispositions que, pour bien distinguer et opposer aux règles de droit interne toutes différentes des premières, nous sommes forcés, à défaut de terminologie plus précise, de qualifier de règles de droit international privé. Ces règles de droit international privé, dans une conception parfaite et idéale de la

anglaise et qu'on n'appliquerait pas la loi française qui fixe les limites de la souveraineté française ;

« Attendu qu'il échet, dans ces conditions, de fixer le statut de X... d'après la loi anglaise ;

« Attendu que cette loi n'autorisant pas la reconnaissance des enfants naturels, il y a lieu de déclarer nulles les reconnaissances faites par X... Par ces motifs... »

société des nations, devraient être les mêmes dans chaque législation, mais si en fait elles varient dans les différents pays, c'est là une situation anormale due à l'imperfection du droit international et à l'absence d'un législateur compétent pour l'édicter. Il n'y a donc et il ne peut y avoir dans chaque pays qu'une seule solution rationnelle admise pour un conflit déterminé : c'est celle que le juge est tenu d'appliquer dans son pays et sans la discuter. « Admettre dans cette hypothèse le renvoi que lui adresse un autre législateur dont les vues sont contraires aux siennes, ce serait, dit M. Lainé, de la part de la loi française, renier son œuvre, s'effacer sur son propre territoire, se dessaisir d'un droit inhérent à sa souveraineté, manquer à son devoir ; une telle abdication ne se comprend pas ; c'est une chose impossible... (1). »

Le juge doit donc supposer que le législateur a statué dans les limites de sa compétence et que, par conséquent, s'il a décidé que l'état des personnes serait régi par leur loi nationale, il a entendu permettre l'application de la loi étrangère en tant que loi interne. Mais le juge ne peut sanctionner le droit international étranger sans sortir de son rôle, limiter ainsi la portée d'application de sa propre loi et y introduire des distinctions qu'elle ne fait pas, ce serait porter atteinte à la souveraineté française.

Cette solution, pour M. Perroud (2), est en effet la seule conciliable avec cette idée de bon sens que les

(1) LAINÉ. *Revue de droit international privé* 1906, p. 605 et s.

(2) CLUNET 1910, note sous Cass. 1^{er} mars 1910, p. 888.

dispositions qui, dans chaque État, délimitent la sphère d'application de la loi, c'est-à-dire les dispositions de conflit, délimitent en réalité l'étendue de la souveraineté civile de cet État et sont à ce titre, au premier chef, des dispositions d'ordre public qui s'imposent aux juridictions de cet État, à l'exclusion des dispositions de même ordre édictées par des législations étrangères.

C'est également ce qu'a admis, à fort juste raison, M. Pillet (« Contre la théorie du renvoi ». *Revue de droit international privé* 1913, p. 5 et s.) distinguant deux sortes de lois absolument différentes l'une de l'autre, celles qui disposent des intérêts des particuliers, guident leurs actes, et celles qui tracent à ces derniers leur champ d'application ; les unes constituent le droit privé de l'État, les autres statuant sur les limites de sa souveraineté, font savoir dans quel cas ce droit a son autorité. La pauvreté de la langue juridique, ajoute l'éminent professeur, oblige seule à donner le même nom de lois à ces deux ordres de règles qui, en réalité, n'ont rien de commun.

Dès lors, si nous admettons, comme nous l'avons démontré précédemment dans cette étude, que le fondement d'application de la loi étrangère par le juge français repose sur la volonté du législateur, peut-on concevoir que le juge fasse application de cette loi contrairement à cette volonté ? Nous n'aboutirions à rien moins qu'à un non-sens si nous reconnaissons tout pouvoir à la loi étrangère pour délimiter en France son champ d'application.

Si la loi étrangère est applicable en France, c'est, nous l'avons vu, par la volonté expresse tacite ou pré-

sumée du législateur français, c'est qu'il s'est approprié la disposition interne étrangère jugée par lui seul, admissible en raison et en équité, c'est qu'il l'a pour ainsi dire incorporée dans sa propre loi. Lui seul a donc pouvoir en France d'en délimiter la portée. C'est la conséquence inévitable des principes que nous avons admis quant au fondement de l'application des lois étrangères, principes qui constituent la pierre angulaire du système de droit international généralement admis par la doctrine française. Et si la Cour de Cassation partant, sur ce point, d'idées et de principes différents, arrive nécessairement quant à la question du renvoi à une solution opposée à la nôtre, qu'elle ne peut, dit-on, abandonner et sur laquelle elle ne peut revenir sans se résoudre également à un abandon de sa conception générale du droit international privé, il doit en être de même pour nous du système auquel nous nous arrêtons. Il serait impossible d'admettre la théorie du renvoi sans renier les principes que nous avons considérés comme la base de tout notre système.

Et nous concluons avec M. Audinet, en disant que les tribunaux doivent en cas de conflit appliquer la solution imposée par la loi de leur propre pays, quelle que soit celle adoptée par la loi de la personne en cause. C'est, dit-il, « le système le plus vrai, le plus simple, le plus conforme à la notion exacte du droit international privé, comme le plus respectueux de la souveraineté des États (1). »

(1) AUDINET. Note au SIREY 1908, p. 261.

DEUXIÈME PARTIE

PREUVE ET ÉTABLISSEMENT DE LA LOI ÉTRANGÈRE

Des principes que nous avons admis quant à l'application des lois étrangères en France, nous avons été amené logiquement à conclure que ces lois, en tant qu'éléments incorporés de la loi française, devaient être appliquées d'office par nos tribunaux, lorsque notre propre loi ou les principes de notre droit international privé en sanctionnaient l'applicabilité. C'est d'ailleurs, nous l'avons vu, l'opinion doctrinale généralement admise par les auteurs, qui, reconnaissant compétence à la loi étrangère, la déclarent obligatoirement applicable pour le juge, alors bien même que les parties ne demanderaient nullement à y être soumises. L'office du juge pour les internationalistes est, en effet, de juger chaque procès selon le droit qui le régit (1); il en

(1) ASSER et RIVIER. *Éléments de droit international privé, ou du Conflit des Lois*, n° 2, p. 34.

résulte que celui qui invoque à l'appui de son droit les dispositions d'une loi étrangère, n'est pas tenu de subministrer la preuve de l'existence et de la teneur de cette loi. Le juge a donc le devoir de s'enquérir de l'existence et du sens des lois étrangères. En fait, il est vrai, dans bien des cas les plaideurs lui viendront eux-mêmes en aide et, dans leur propre intérêt, lui éviteront des recherches longues et difficiles. Mais il ne faut pas en conclure que le juge soit dispensé pour cela de tout effort personnel pour s'assurer de la teneur de ces lois, ni qu'il lui soit interdit de mettre à profit les résultats de ses investigations personnelles aussi bien que ceux des recherches de la partie intéressée (1).

Tout différent et beaucoup plus simpliste est le système professé par notre jurisprudence quant à l'application et à la preuve des lois étrangères. Poussant à son terme extrême l'idée de territorialité, elle admet que la loi étrangère dépouille chez nous son caractère de loi, qu'elle y devient une pure question de fait. Pour nos tribunaux, la loi d'un autre souverain n'ayant pas été promulguée en France, n'a pas force de loi, elle a besoin d'être établie de même que les autres circonstances de fait de la cause. C'est au demandeur, dit-on, à faire la preuve du droit qu'il invoque en justice : *actori incumbit onus probandi*. Or, cette preuve ne serait pas faite et le demandeur n'aurait pas satisfait à son

(1) A. ROLIN, *Principes du droit international privé*, I, n° 419 ; ASSER et RIVIER, *op. préc.*, nos 12 et 13 ; PILLET, *Principes* n° 30, p. 86 ; SURVILLE et ARTHUYS, *Cours élémentaire de droit international privé*, 5^e édit., n° 29 ; WEISS, *Traité* III, p. 165 ; C. p. r., *Résolutions de l'Institut de droit international*, Cession de Hambourg 1891 ; *Annuaire de l'Institut*, t. XII, p. 328.

obligation, s'il ne rapportait pas la preuve de l'existence et de la signification du texte étranger sur lequel il entend s'appuyer. Cette solution est consacrée par une jurisprudence nombreuse et maintenant bien établie (1).

Mais, comme l'a fort bien dit M. Pillet, « cette théorie, qui favorise un peu trop l'indolence des magistrats, est de moins en moins goûtée par la doctrine (PILLET. Principes n° 30, p. 84). Et l'assimilation qu'elle fait des lois étrangères à de simples faits, outre qu'elle est profondément erronée, est, en plus, inconciliable avec le caractère impératif de la loi et ses nécessités d'application par le juge ».

Une loi même étrangère n'est pas, et ne peut être un fait; c'est un ordre émané d'un législateur qui, dans les hypothèses où il y a lieu pour le juge français d'y obtempérer, a pris, de par la volonté expresse ou implicite du législateur français, force de loi sur notre territoire.

Dès lors qu'il y a ordre de la loi française de suivre telle ou telle loi, peut-on dire que cet ordre donné transforme cette loi en un fait? Non, une telle déclaration serait une atteinte portée à la souveraineté de l'État étranger; ce serait en plus, de la part du juge,

(1) Voir notamment : Pau, 14 février 1882, SIREY 1884, II, p. 129; Cass., 26 juin 1882, SIREY 1882, I, p. 346; Chambéry, 23 février 1885, CLUNET 1885, p. 665; Seine, 18 juillet 1885, CLUNET 1886, p. 202, et Paris, 26 janvier 1888, CLUNET 1888, p. 390; Cass., 16 mai 1888, SIREY 1891, I, 509; Bordeaux, 1^{er} mars 1889, SIREY 1892, II, p. 76; Rennes, 7 février 1890, CLUNET 1891, p. 209; Seine (Trib. com.) 14 octobre 1891, CLUNET 1892, p. 681; Seine, 3 janvier 1896, CLUNET 1899, p. 563; Paris, 15 mai 1900, CLUNET 1902, p. 822; Nice, 17 juin 1901, CLUNET 1901, p. 975; Seine, 26 juin 1918, CLUNET 1918, p. 1249.

en cas de mauvaise ou de non application du texte de sa loi, une violation manifeste de la loi française.

Pour respecter la volonté du législateur français, les tribunaux ont donc à faire tous les efforts pour connaître les dispositions de la loi étrangère applicable, et s'ils ne le font pas, ils manquent à leurs devoirs (1). Certes on ne peut affirmer que le juge est présumé connaître toutes les lois applicables en France, comme il est censé connaître sa loi nationale du fait de sa promulgation et de sa publication; mais ces lois ont également fait l'objet, dans leur propre pays, d'une mise en vigueur qui a eu pour effet de rendre leur existence manifeste. Dès lors, pourquoi donc déclarer *de plano* que le juge les ignore et qu'il doit les ignorer ?

Si critiquables que fussent les principes admis par nos tribunaux quant à la conception qu'ils se font de la loi étrangère, il nous faut les accepter tels qu'ils nous sont présentés, puisqu'ils ne font qu'un avec le système de droit international de notre jurisprudence qui se refuse à voir, dans la loi étrangère applicable en France, un élément incorporé de la loi française. Ils ne sont donc qu'une conséquence de plus de la conception erronée que nos tribunaux n'ont jamais abandonnée quant au fondement d'application des lois étrangères en France.

Ceci étant posé, jusqu'à quel point la jurisprudence a-t-elle poussé la différenciation de la loi française d'avec la loi étrangère qu'elle traite manifestement en inférieure et à laquelle elle n'accorde aucune des préro-

(1) VALÉRY, *Manuel*, n° 432, p. 592, BROCHER, p. 153.

gatives qui sont de l'essence même de la loi ; jusqu'à quel point l'a-t-elle assimilée aux simples faits d'un procès dont l'existence doit être portée à la connaissance du juge au moyen des systèmes de preuve légalement admis ? Puisque la loi étrangère est un fait pour nos tribunaux à qui incombe la charge de la preuve, quels sont, en pareils cas, les procédés de mise en œuvre admis pour la recherche et l'établissement de la loi étrangère devant nos tribunaux ?

Il nous faut tout d'abord distinguer suivant que l'application de cette loi est demandée par une des parties en cause, ou bien qu'elle n'est invoquée par aucune d'elles.

§ I. — UNE DES PARTIES RÉCLAME L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE.

Si l'on admet, comme le fait la jurisprudence française, bien à tort d'ailleurs, que la loi étrangère est un simple fait, on est incontestablement amené à en conclure que c'est à celui qui l'invoque et se prévaut de ses dispositions qu'il paraît juste d'imposer l'obligation de la produire et d'en justifier, comme il est obligé de le faire pour tous les faits qu'il avance à l'appui de sa demande. C'est au demandeur qu'il incombe d'établir par les modes habituels de preuve dont il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement la valeur, que sa prétention est d'accord avec la loi étrangère qui la régit.

La jurisprudence nous donne de nombreux exemples dans lesquels elle a fait une sanction rigoureuse de l'ap-

plication de ce système qui a été partagé et même approuvé par certains auteurs (1). Il ressort de cette jurisprudence que, à défaut de justifications, le juge français peut déclarer le demandeur non recevable et le débouter sans tomber sous le coup de l'article 4 C. civ., relatif au déni de justice dont l'application est

(1) En ce sens, DEMANGEAT, sur Fœlix, I, p. 220, note a; WÆCHTER, *Archiv für civil Praxis*, t. XXV, p. 310; WESTLAKE au *Clunet*, 1882, p. 23, qui citent encore Pardessus, Story, Mittermayer, Schæfner, etc. Parmi les nombreuses décisions jurisprudentielles, il faut citer : Cass. 9 févr. 1892 (*CLUNET* 1893, p. 541); Paris, 15 mai 1900 (*CLUNET* 1902, p. 822); Nice, 17 juin 1901 (*CLUNET* 1901, p. 975), et surtout Seine, 1^{re} Ch. 28 juin 1918 (*CLUNET* 1918, p. 1249), où le tribunal, à propos de la fameuse affaire de la « Joconde », est parti du principe que « s'agissant de l'application d'une loi étrangère, c'est à la partie qui l'invoque d'apporter au tribunal des éléments qui lui permettent d'en faire l'interprétation certaine ». — C'est aussi la jurisprudence suivie par les tribunaux des autres pays, et notamment des tribunaux allemands dont de nombreuses décisions se trouvent rapportées par M. de Bar (t. I, p. 132, note 2) et aussi par les tribunaux italiens : Cass. Florence, 20 février 1890 (*CLUNET* 1893, p. 630); Turin, 9 novembre 1891 (*CLUNET* 1894, p. 601), et 28 avril 1893 (*CLUNET* 1897, p. 1075); Milan, 21 mars 1905 (*CLUNET* 1906, p. 1236); C.p.r. cependant Cass. Rome, 11 mars 1921 (*CLUNET* 1921, p. 626 et note 11) que l'on ne saurait considérer comme une décision dissidente par suite de ce fait que les lois appliquées ayant été en vigueur sur les territoires réintégrés au royaume d'Italie, les tribunaux italiens en ayant déjà fait application, les connaissaient. On peut encore citer une décision du tribunal supérieur de La Havane (Cuba), 23 nov. 1907 (*CLUNET* 1910, p. 150) et un arrêt de la Cour d'Appel d'Athènes, 1907, n° 464 (*CLUNET* 1911, p. 666) qui consacrent les mêmes principes. Enfin, jugement du Tribunal suprême de Lisbonne, 23 janvier 1917 (*CLUNET* 1920, p. 278). Certaines dispositions législatives, comme le Code civil portugais (art. 2406), obligent expressément celui qui invoque une loi étrangère à en prouver l'existence (*Rev. prat. de droit inter. privé*, 1892, I, p. 129). De même l'article 293 (ancien art. 265) du Code de procédure civile allemand qui cependant ajoute « que le droit en vigueur dans un autre pays, les coutumes et statuts n'auront besoin d'être prouvés » qu'autant qu'ils ne sont pas connus par le tribunal (C.f. Reichsgericht de Leipzig, 23 mars 1897 (*CLUNET* 1900, p. 634); C.p.r. également l'article 1197 C. civ. mexicain et la loi suédoise du 8 juillet 1904, Ch. V, § 4 (*CLUNET* 1906, p. 581).

limitée à la loi française (Seine 1885, CLUNET 1886, p. 596 ; Paris, 15 mai 1900, CLUNET 1902, p. 822).

On a cherché, il est vrai, en doctrine, d'autres bases plus juridiques pour essayer de justifier cette obligation de preuve imposée par les tribunaux au demandeur invoquant un texte étranger, et LAURENT (*Droit civil international*, II, p. 486), loin d'approuver le système de la jurisprudence, fait remarquer que la règle d'après laquelle la loi étrangère doit être prouvée parce que fait, a besoin d'une restriction. Les tribunaux semblent différencier totalement la loi nationale qui n'a pas besoin de preuve, de la loi étrangère qui a toujours besoin d'être prouvée. Ceci est inexact, dit Laurent : il n'y a, quant aux principes, aucune différence entre la loi nationale et les lois des autres pays. Tout doit être prouvé en justice, aussi bien l'existence de la loi que les faits de chaque cause ; seuls les modes de preuve diffèrent. Certes, la preuve de la loi nationale est facile à faire, puisque le juge est présumé la connaître ; mais si l'établissement de la loi étrangère est peut-être quelquefois plus difficile, les difficultés de preuve ne modifient point les principes qui régissent la nature de la preuve (1).

Dès lors, si l'on admet, avec la jurisprudence, que la loi étrangère est un fait, il semble qu'il faille lui appliquer les règles et les modes de preuve qui, en droit commun, peuvent être employés pour établir l'existence d'un simple fait. C'est le raisonnement qui a été suivi par bien des auteurs qui considèrent l'application en

(1) Dans ce sens également, DESPAGNET, n° 24. La doctrine, nous le verrons, est plutôt généralement portée en sens contraire ; WEISS. Précis (2^e édit.), p. 297.

l'espèce du système des preuves légales comme une conséquence nécessaire des principes admis par les tribunaux (1).

La doctrine, en général, apporte cependant une exception à la liberté des parties quant à l'administration de la preuve en la matière. Certains auteurs décident en effet, que si, en principe, aucun mode de preuve n'est interdit aux intéressés, il en est toutefois différemment du serment décisoire ou de l'aveu, à moins qu'il ne s'agisse de la preuve d'un droit non écrit (SCHAEFFNER, *Inter. privatrechts*, § 260, p. 208 ; LESSONA, *Revue de droit international et de lég. comp.* 1895, p. 555 ; DE BAR, I, p. 138 ; ROLIN, *Principes*, I, p. 522).

Sans examiner pour l'instant les modes de preuve que nos tribunaux admettent comme moyens légaux pour le demandeur d'établir l'existence et la signification du texte étranger qu'il invoque devant eux, qu'il nous soit permis d'insister encore sur l'inconséquence juridique du système admis par nos tribunaux quant à la preuve judiciaire des lois étrangères. Il est clair, en effet, que le principe même de la preuve judiciaire est inconciliable avec les nécessités reconnues de l'application de la loi toujours impérative, pour le juge qui statue en son nom.

Cela est évident lorsqu'il s'agit non plus d'invoquer en justice des faits, mais d'y établir les règles de notre droit positif qui les régissent ; des exemples nombreux nous prouvent que le juge a pour mission d'appliquer

(1) DEMOLOMBE, II, n° 491 ; HUG, t. I, n° 76 ; FERAUD-GIRAUD, *Revue de droit international et de lég. comp.* 1892, p. 242 ; SURVILLE et ARTHUYS, n° 29 ; DESPAGNET, n° 24 ; COLLIN (CLUNET 1890, p. 406, 794).

la loi sans que les parties aient à s'en prévaloir expressément devant lui, sans qu'elles aient par conséquent à en faire la preuve (1). Il doit en être nécessairement de même lorsqu'il s'agit d'un texte étranger dont l'application en France est commandée directement ou indirectement par notre législateur.

Contrairement à l'opinion de la jurisprudence, ce n'est donc pas au demandeur en justice qu'il appartient de faire la preuve de la loi étrangère. Sans doute, dans la plupart des cas, il sera de l'intérêt des plaideurs de donner aux juges tous les éclaircissements nécessaires. Mais est-ce bien là l'administration d'une preuve ? Il est bien certain que non, puisque le plaideur n'est astreint

(1) M. Etienne BARTIN, dans une note des plus intéressantes rapportée dans AUBRY et RAU (5^e édit. t. XII, § 749, p. 66 et s., note 3), démontre d'une manière particulièrement nette que dans notre système de procédure civile comme dans notre système de promulgation des lois, les principes qui y sont consacrés se rattachent à l'idée que le juge, dans la mission qui lui a été confiée, doit dire le droit sans que les parties aient à l'invoquer. M. Bartin prend tout d'abord comme exemple la distinction des demandes nouvelles et des moyens nouveaux qui seuls, à l'exclusion de celles-ci, sont admis pour la première fois en appel parce que le juge de première instance est réputé en droit avoir pu en connaître lui-même, bien que les parties ne les aient pas en fait invoquées devant lui (Cass., 22 mars 1876. D. P., 76, I, 206). (GARÇONNET. Traité de procédure, § 2145, note 10). De même, dans un autre ordre d'idées, le système de publication des lois en vigueur dans les principaux pays à l'heure actuelle, et qui présume la loi connue de tous les intéressés dans un certain délai consécutif à sa promulgation, est incompatible avec les principes de la preuve judiciaire. Il est vrai, répondront les tribunaux, que la loi étrangère n'est pas promulguée en France ; mais si elle y est appliquée, c'est par ordre du législateur français, et puisqu'il doit y avoir assimilation complète dans ce cas entre la loi française et la loi étrangère, on ne conçoit pas que la présomption légale de connaissance de la loi ne s'applique pas à l'une comme à l'autre. D'ailleurs, lorsque l'application de la loi étrangère ressort de la volonté même des parties et dans les limites où elle est autonome, peut-on dire qu'elles ne sont pas présumées la connaître ?

à aucune obligation, qu'il n'a aucune preuve à sa charge. En établissant la loi étrangère devant les tribunaux, le mandataire des parties ne fait, en sa qualité d'auxiliaire de la justice, que faciliter au juge ses recherches et collaborer ainsi à une bonne administration de la justice. Mais le juge est toujours libre de contrôler les documents qui lui sont soumis, de les compléter au besoin de son propre chef s'il les estime insuffisants. Certes, la mission du juge ne sera pas toujours des plus simples, mais ce ne sont pas les difficultés que peuvent présenter de semblables recherches qui sont susceptibles de justifier l'orientation prise par notre jurisprudence en la matière (1).

§ 2. — AUCUNE PARTIE NE DEMANDE L'APPLICATION
DE LA LOI ÉTRANGÈRE

Le système que nous avons soutenu jusqu'alors, et qui est la conséquence normale des principes rationnels admis quant à l'office du juge en la matière, nous a conduit à imposer au juge, en présence du silence des parties, l'application d'office de la loi étrangère lorsqu'il la reconnaît applicable à la cause dont il est saisi. Nous ne reviendrons pas sur les nombreux arguments militant en faveur de cette thèse que nous avons cru devoir, d'ailleurs, approuver entièrement.

Toute autre, nous l'avons vu, est la conception jurisprudentielle des obligations du juge en présence d'une loi étrangère. Partant de l'idée que cette loi, n'ayant pas

(1) PILLET. Principes, p. 86, n° 30.

été promulguée en France, n'a la valeur que d'un simple fait que le juge est présumé ignorer, notre jurisprudence assimile entièrement la solution d'un litige régi en vertu du droit international privé, par la loi d'un autre pays, à l'hypothèse normale où le juge saisi d'une difficulté de pur fait subordonne sa décision à la production des pièces justificatives que les plaideurs font passer sous ses yeux, ou à l'argumentation qu'ils peuvent tirer de telles circonstances dont ils offrent de rapporter la preuve par telle mesure d'instruction qu'il lui plaira d'ordonner. Le juge, en présence d'une telle disposition, n'a donc aucune initiative à prendre ; il doit attendre que les parties l'aient mis à même de statuer ; et à défaut, par les intéressés, de lui produire les justifications nécessaires, il est autorisé à appliquer la loi française tout en reconnaissant qu'elle ne devrait pas fournir la solution du débat.

Tel est le système consacré par les tribunaux en France, et plus généralement dans la plupart des pays. A défaut, pour les plaideurs, d'établir la consistance des lois étrangères, ce soin ne peut incomber aux juridictions saisies de l'instance principale, et, par suite, celles-ci doivent faire application de la loi nationale au cas où les intéressés ne fournissent pas les justifications nécessaires (Paris, 2^e Ch., 15 mai 1900, CLUNET 1902, p. 822 et la note ; C.p.r., Dinant, 20 février 1902, CLUNET 1902, p. 878 (1).

(1) Ce sont aussi les principes sanctionnés par la jurisprudence suisse, d'après laquelle, « à défaut par les parties de faire la preuve des dispositions de la loi étrangère, le juge peut admettre que le droit suisse réglant la matière contient des dispositions identiques à celles

Il y a là, de la part de nos tribunaux, une erreur manifeste qui est due bien certainement à la conception erronée qu'ils se font du caractère de la loi étrangère applicable en France, en se refusant à la considérer comme une règle de droit, contrairement à une doctrine des plus autorisées (1).

Néanmoins, à prendre le système de notre jurisprudence pour ce qu'il vaut, comment nos tribunaux ont-ils été amenés à en induire que, à défaut d'établissement de la loi étrangère par les parties, la *lex fori* doit recevoir application ?

C'est établir une présomption qu'aucune loi n'autorise.

Si la jurisprudence américaine — qui repose sur un droit coutumier non défini — a pu en arriver à présumer l'identité du droit étranger au droit national en l'absence de toute preuve, cela s'explique par ce fait important à souligner, c'est que cette présomption ne

de la loi étrangère. » (Trib. fédéral, 18 février 1910, CLUNET 1912, p. 934 et Trib. fédéral, 12 juillet 1922, CLUNET 1923, p. 170.) La même solution est consacrée par la jurisprudence américaine (*Circuit Court of Appeals*, 7^e cir. 23 mars 1900, CLUNET 1900, p. 1018). — Il faut en rapprocher également une disposition expresse de la loi monténégrine de 1888 sur les biens, dont l'article 7 est ainsi conçu : « Dans le cas où l'on doit suivre les lois étrangères, les juges monténégrins ne sont obligés de les prendre en considération qu'autant qu'une convention internationale ou une disposition impérative de la loi monténégrine le leur a formellement prescrit. Pour toutes les autres lois étrangères, quand il y a doute au sujet de leurs dispositions, les juges présument qu'elles sont d'accord avec celles du Monténégro jusqu'à ce que les parties établissent qu'il y a une différence et en quoi elle consiste (Trad. Darest et Rivière).

(1) BROCHER, Cours de droit international privé, I, p. 154 ; ASSER et RIVIER, p. 34 et s. ; LAURENT, *op. préc.*, II, n° 269 ; DE BAR, *Théorie und Praxis* (2^e édit.), t. I, p. 136.

s'applique qu'à un droit coutumier et surtout en matière mobilière et commerciale.

Mais comment, dans notre pays, présumer que notre loi nationale est semblable à la loi étrangère. Nous ne sommes plus au temps des pays de coutumes; nous nous trouvons presque toujours en face d'un texte positif qui, bien souvent, est totalement différent du texte étranger correspondant. Dès lors, « au lieu de présumer que le droit étranger est identique avec le droit national, il vaudrait mieux, dit Laurent (1), provoquer des traités qui donnent au moins la certitude du droit de tous les Etats ». C'est bien là, en effet, la solution du problème. Donnez au juge des moyens pratiques et faciles lui permettant de connaître rapidement les dispositions étrangères qui lui sont utiles pour la solution du litige, et les tribunaux ne chercheront plus dans des systèmes plus ou moins antijuridiques le moyen d'éviter des recherches dans lesquelles, étant mal secondés, ils se heurtent souvent à des difficultés quelquefois insurmontables en pratique. Dans cette tâche difficile, à défaut d'un concours plus efficace du Gouvernement pour leur faciliter leurs recherches, les tribunaux doivent trouver dans les parties une aide que celles-ci ont tout intérêt à ne pas leur refuser, sans en avoir toutefois nullement l'obligation. Et si les tribunaux ont le devoir de chercher à connaître les dispositions de la loi étrangère, les parties ont le droit de leur en faciliter la connaissance (2).

(1) LAURENT, Droit civil international, II, p. 472, n° 263, *in fine*.

(2) VALÉRY, *Manuel* n° 432, p. 593. Ce système a été consacré par quelques décisions récentes des tribunaux italiens : Gênes, 3 novembre 1916, CLUNET 1918, p. 317 ; Cass. Florence, 13 mai 1918, CLUNET 1919,

§ 3. — PROCÉDÉS DE PREUVE ET MOYENS ADMIS POUR
L'ÉTABLISSEMENT DE LA LOI ÉTRANGÈRE DEVANT
LES TRIBUNAUX

Les devoirs du juge et les obligations des parties étant établis, quant à l'application des lois étrangères par nos tribunaux, reste à étudier la mise en œuvre des procédés de preuve en pareil cas, et les moyens admis pour l'établissement du texte de ces lois. Comment sera faite la preuve de la loi étrangère, comment son texte sera-t-il établi, que les tribunaux aient à l'appliquer d'office ou sur conclusions formelles des parties?

Pour le magistrat qui accepte de plein gré cette tâche ou pour le plaideur, à qui elle est imposée, la connaissance et l'application des dispositions légales étrangères présentent de sérieuses difficultés.

Si le juge français est « censé connaître la loi » en tant que loi nationale, on ne saurait sérieusement exiger de lui des connaissances spéciales de législation comparée; car, s'il est possible de trouver des praticiens qui possèdent à fond toute la législation de leur pays et se tiennent au courant des modifications et additions qui y sont apportées, bien peu ont des

p. 1136; C.p.r. un arrêt isolé de la Chambre civile cass., 2 août 1893, CLUNET, 1893, p. 1176.

En matière pénale, la Cour de Cassation de Rome (5 novembre 1909, CLUNET 1911, p. 337) a même jugé que « le juge italien a le devoir de rechercher le contenu de la loi étrangère, si difficile fût-elle à déchiffrer (en l'espèce le Coran) ».

connaissances suffisamment précises sur la législation des pays même limitrophes. Un bon magistrat peut acquérir par de longues années d'expérience et de pratique des affaires une maîtrise à peu près complète de l'application et de l'interprétation des lois de son pays dont rien ne peut lui être inconnu; mais il est fort possible qu'il ne possède que de très vagues notions sur les codes en vigueur dans les pays voisins.

Aussi, est-ce, à n'en pas douter, à de véritables recherches que doit se livrer le juge qui a à faire application d'un texte étranger si les parties ne lui mettent pas elles-mêmes entre les mains tous les éléments nécessaires à la solution du litige. Et les difficultés pour le juge se trouveront encore accrues, si l'on songe qu'en plus des recherches auxquelles il doit se livrer pour arriver à la connaissance de la loi étrangère, il aura encore à en faire une bonne application en interprétant sainement ses dispositions, ce qui, en bien des circonstances, est difficile à faire avec une sûreté complète.

On pourrait être porté à croire que, dans les pays où les lois ont été codifiées, la tâche soit singulièrement facilitée en ce sens qu'il suffira au plaideur ou au juge de se procurer une copie exacte et fidèle du texte officiel de la loi en vigueur dans ce pays, pour avoir une preuve décisive de cette loi.

Certes, c'est bien ainsi qu'il faut l'entendre et c'est effectivement la seule preuve à laquelle on a recours, lorsque la disposition législative faisant l'objet de la difficulté soulevée, est la loi nationale du tribunal devant laquelle elle est invoquée. Mais, dès lors que

l'on aura à produire ce même document devant un tribunal étranger, il perd devant cette juridiction, avec son caractère de loi nationale, toute la certitude qui y était attachée.

Il est facile de se faire une idée des erreurs que pourrait être appelé à commettre un juge étranger qui aurait entre les mains une édition ancienne du Code civil français ne contenant pas, par exemple, la loi du 16 novembre 1912 modificative de l'art. 340 C. civ, qui, avant la promulgation de cette loi, interdisait la recherche de paternité judiciaire en France.

Et tous les jours, le juge étranger est à même de commettre une erreur aussi grossière, croyant être en possession du dernier état de la législation française, alors que, à son insu, une loi récente comme celle du 19 juin 1923 est venue modifier un chapitre entier du Code civil (art. 343 à 370) relatif à une institution fort ancienne de notre droit, l'adoption.

Il en est nécessairement de même, et cela se conçoit aisément, lorsque nos tribunaux ont à faire application d'un texte étranger, et il n'est nullement surprenant de relever dans leurs décisions des erreurs, qui sont, il faut le reconnaître, quelquefois imputables au législateur lui-même. Nombreux sont, en effet, les cas où un lapsus du législateur, une défectuosité du système de publication ou d'abrogation des lois peut induire en erreur la jurisprudence nationale elle-même (1). Ces erreurs, comme bien on

(1) On cite généralement comme exemple de ces erreurs en France, l'article 2255 du Code civil, qui renvoie à l'article 1561 du Code civil, alors que, en réalité, ce renvoi, d'après la majorité des auteurs, s'applique à l'article 1560 du Code civil qui prévoit spéciale-

pense, ne sont pas spéciales à la législation française. Il est facile d'en relever de semblables dans les codifications de tous pays (DARRAS, *De la Connaissance et de l'application des lois étrangères*, Clunet, 1901, p. 211).

On comprend dès lors avec quelle circonspection nos tribunaux font application des lois étrangères, lorsqu'ils sont appelés à en connaître, et c'est ce qui explique qu'ils exigent des plaideurs qui invoquent devant eux une disposition étrangère une preuve complète du texte même de cette loi qu'ils ne connaissent pas, ou qu'ils connaissent mal (1). Merlin, le premier, voyait dans les recherches du juge en matière de lois étrangères une source d'erreurs continuelles, et, loin d'encourager les tribunaux dans cette voie, il proclamait que « dans cet ordre de choses les vertus seront des pièges pour les magistrats vertueux, et les lumières ne serviront qu'à égayer le magistrat éclairé » (2).

ment l'imprescriptibilité de l'action en révocation formée par la femme contre l'aliénation du fonds dotal pendant le mariage.

De même dans l'article 213 du Code de commerce le mot « tiers saisi » a pris la place de « débiteur saisi » ; dans l'article 41 de la loi du 3 mai 1841, le « magistrat directeur » a été substitué à « l'expropriant » ; dans la loi du 5 avril 1899 sur le casier judiciaire, il existe une confusion entre le bulletin n° 2 et le bulletin n° 3.

Enfin, la loi du 30 décembre 1915, en modifiant les articles 331, al. 2 et 313, al. 2 du Code civil, les a rendus à peu près incompréhensibles si l'on ne veut admettre qu'un enfant adultérin puisse avoir deux pères légitimes par suite du mariage subséquent de sa mère.

(1) Mais où notre jurisprudence est inconséquente avec elle-même, c'est lorsqu'elle se refuse, comme nous le verrons ci-dessous, de soumettre les décisions des cours et tribunaux au contrôle de la Cour de Cassation dans une matière où les erreurs étant toujours possibles, toutes les garanties de bonne et saine justice devraient être données aux plaideurs.

(2) MERLIN. Répertoire V°, Souveraineté, § V, nos 5 et 6.

Sans aller jusqu'à approuver de tels principes qui n'aboutiraient à rien moins qu'à exclure la loi étrangère du prétoire, notre jurisprudence, partant cependant de la même idée de défiance à l'égard de toute disposition de loi étrangère, a subordonné sa production en justice à un système de preuves en tout semblable à celui organisé en vue des faits juridiques ou matériels.

Parmi les modes de preuve admis en droit commun, on s'accorde en général pour écarter cependant en la matière la preuve par l'aveu ou le serment (1). Sans doute un fait peut être constaté par l'aveu d'une partie mais encore faut-il que ce fait soit de nature à être avoué; or, le droit est-il susceptible d'être avoué?

Il semble également bien difficile d'admettre la preuve du droit par présomption. Tout au plus peut-on soutenir qu'en cas de dispositions semblables de la loi étrangère et de la loi nationale, le juge puisse, à défaut d'éléments d'interprétation de la loi étrangère, présumer que la manière de voir de son propre législateur a été partagée par le législateur étranger, et qu'en conséquence ce texte doit être interprété comme la disposition correspondante de sa loi nationale (2). Ce n'est là qu'un simple système d'interprétation qui est loin d'avoir reçu l'approbation de la majorité des auteurs. Et d'ailleurs, comment pourrait-il être question d'établir le droit qui est certain sur un simple raisonnement?

(1) En sens contraire cependant, MITTERMAIER, *Archiv. für civ. Prax.* XVIII, p. 75.

(2) DESPAGNET, p. 29, n° 24, et Nancy, 1^{re} Ch., 14 novembre 1894 (CLUNET 1895, p. 796).

Il doit en être de même de la preuve par témoins. Comment rapporter l'existence d'une règle de droit de la même façon que le témoignage reçu par le juge peut établir un fait matériel ou juridique? Il suffit de se reporter aux règles de l'ancien droit que l'on suivait jadis en pays de coutumes dans les « enquêtes par turbes » et la rédaction des actes de notoriété, pour s'apercevoir qu'il ne peut être question en la matière d'appliquer les règles du droit commun de la preuve par témoins. En raison de la diversité des coutumes variant de provinces à provinces, de villes à villes, la question était beaucoup plus fréquente qu'elle ne l'est actuellement; aussi avait-on recours à des praticiens qui déclaraient quel était l'usage suivi dans les lieux où ils exerçaient. Les enquêtes ayant donné lieu à des abus en raison de l'ignorance et aussi, et surtout, de la mauvaise foi des « turbiers », furent abolies par l'ordonnance de 1667. Elles furent remplacées par les actes de notoriété, sortes d'attestations données par des officiers de justice ou par plusieurs avocats réunis, sur la coutume et l'usage de quelque lieu. Ces actes de notoriété se faisant aussi par voie d'enquête ne présentaient pas plus de garanties que les enquêtes par turbes et ne pouvaient avoir la valeur que de simples consultations. L'abus en était d'ailleurs si grand, rapporte Laurent, « que dans un même procès qui était pendant au conseil du roi, un des procureurs généraux d'un parlement en avait donné de contraires sur un même fait » (1). Le pré-

(1) LAURENT, *Droit civil international*, II, n° 266, p. 479. Voir également DENISART, collection de décisions, nouvelle édition de Camus et Bayard, Paris, 1783, t. I, Vo, acte de notoriété, Denisart donne plu-

sident Bouhier, premier président du Parlement de Bourgogne, s'élevant contre les inégalités et les injustices résultant tant des enquêtes par turbes que des actes de notoriété qu'il condamnait sévèrement, leur préférerait de beaucoup les témoignages des auteurs ayant écrit sur le droit d'une région (1).

Les actes de notoriété n'existent plus dans le droit moderne. Toutefois, dans certains pays coutumiers tels que l'Angleterre et les Etats-Unis, on en trouve encore les derniers vestiges (2). Et c'est ce qui ex-

sieurs formules d'arrêts ordonnant la production d'un acte de notoriété : « La Cour, avant faire droit, ordonne que par-devant le lieutenant particulier de Moulins, douze anciens, tant officiers qui n'auront pas assisté au procès qu'avocats et particuliers par lui nommés d'office, seront entendus pour savoir l'usage observé sur l'âge de tester, tant dans les jugements, transactions et autres actes dont ils auraient connaissance, lesquels ils pourront mettre es main dudit juge commis. Et pourront les parties présenter par-devant lui telles pièces justificatives dudit usage qu'elles aviseront bon être dont sera dressé procès-verbal, pour icelui, ensemble les pièces qui seront jointes, vu et rapporté, être fait droit ainsi que de raison. »

(1) BOUHIER. Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne, Ch. XIII, n° 71 et s. « En France, dit Bouhier, nous présumons volontiers pour le témoignage de nos écrivains, lorsqu'ils ont parlé des usages de leur province et qu'ils ont parlé en temps non suspects ; car quelle apparence qu'ils eussent voulu tromper gratuitement le public, dans des ouvrages entrepris pour son instruction, ils ne pouvaient impunément en imposer sur ces faits à leurs contemporains. »

(2) Une loi anglaise du 13 août 1859 autorise tout tribunal d'une partie quelconque des Dominions britanniques à demander à une cour suprême d'un autre Dominion le droit en vigueur dans sa législation. Une autre loi du 17 mai 1861 permet au souverain de passer des conventions avec les Etats étrangers pour que leurs tribunaux soient obligés de se fournir les uns les autres des renseignements sur les points litigieux de la législation locale. Il ne semble pas, jusqu'ici, qu'aucun traité de ce genre n'ait été conclu par la Grande-Bretagne. *Annuaire de lég. étr.*, 1879, p. 67 et s. WESTLACKE. La doctrine anglaise en matière de droit international privé. CLUNET, 1882, p. 24. RENAULT. *Annuaire de lég. étr.*, 1899, p. 68, n° 1. DARRAS, CLUNET, 1901, p. 444.

plique toute l'autorité qu'ils s'accordent à reconnaître aux témoignages des experts; ce mode de preuve très courant dans ces pays a même été étendu au droit écrit. C'est ainsi que des tribunaux anglais ont déclaré recevables les témoignages d'avocats et de notaires français pour établir un point de droit, d'avocats autrichiens ou chiliens sur le droit de leurs pays respectifs (1). La preuve de la loi étrangère devant ces tribunaux se fait donc au moyen d'hommes de loi ayant étudié le droit qu'il s'agit d'appliquer dans le pays même où il est en vigueur ou à défaut d'hommes de loi, même par le témoignage d'une personne « perita ex virtute officii » telle qu'un évêque, par exemple, si c'est la loi canonique du mariage qui doit être établie (2).

L'expert doit en principe venir déposer devant le tribunal, mais, lorsqu'il en est empêché, il consigne par écrit ses dires et les fait suivre d'un affidavit. Le juge anglais n'est cependant pas lié par les opinions sur les lois étrangères qui peuvent ainsi être émises devant lui; il a toujours la latitude d'en apprécier le mérite, mais ne peut toutefois se reporter à des textes que les experts n'ont pas cités (3).

Que penser du système anglo-américain de preuve de la loi étrangère. Il offre certainement bien peu de

(1) Cour de Chancellerie, 27 juillet 1874. CLUNET 1874, p. 128. Haute Cour de Justice division d'amirauté, 26 juillet 1886. Cour d'Appel d'Angleterre, 15 février 1887. CLUNET 1888, p. 115. Haute Cour de Justice, division du Banc de la Reine, 3 fév. 1891. CLUNET 1891, p. 257.

(2) DARRAS, *Loc. préc.*, p. 451 et les décisions citées.

(3) LEBRET au ClUNET 1892, p. 733; voir aussi WESTLAKE, § 339.

garanties, alors même que le témoin entendu fût considéré par le juge comme « *peritus ex virtute officii* ».

Aussi, nos anciens auteurs effrayés, sans doute, par les conséquences qui doivent résulter de cette incertitude de la loi étrangère, se sont montrés en général d'un scepticisme peut-être exagéré en rejetant systématiquement toute attestation ou témoignage de ce genre.

Bouhier conclut que de simples certificats donnés sans précaution sont très dangereux : « Ce n'est rien dire que d'attester, dit-il; il faut encore rendre une pleine et entière raison de son témoignage » (1) et il cite les paroles de Pierre de Fontaines, en son ancien langage : « De ces avis (attestations d'usages) avient-il à la fois que cil en perd, qui ganier dust. »

C'est d'ailleurs un mode de preuve auquel on ne peut plus recourir au moins dans les pays régis par le Code Napoléon. — En France, comme dans ces pays, en effet, par une interprétation peut-être exagérée de l'art. 5 du Code civil, qui fait défense aux juges de statuer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises, la jurisprudence décide que les tribunaux ne peuvent plus à l'heure actuelle, et contrairement à la pratique de notre ancien droit, délivrer des réversales ou actes de notoriété, c'est-à-dire constater à la demande d'un tribunal national ou étranger que, sur tel ou tel point

(1) BOUHIER, *op. préc.* et LAURENT. Droit civil international, II, p. 480 et 492,

litigieux, on donne à la loi existante telle ou telle autre interprétation (1).

Cependant quelques décisions anciennes ont admis que la loi étrangère pouvait être prouvée par un parère ou attestation émanant d'un juge étranger s'expliquant sur sa loi nationale (Seine, 27 mars 1840, *Dict. Vincent et Penaud*, V^o, Loi étrangère, n^o 41). Les parères ne sont plus admis aujourd'hui qu'en matière commerciale; ce sont des avis autorisés de négociants sur les usages commerciaux (LAURENT, *loc. préc. Asser loc. préc.* Aubry et Rau, 5^e édit., t. XII, paragr. 749, note 4).

Ce moyen de preuve étant écarté, il n'y a pas dans notre droit de règles spéciales et particulières auxquelles on doive obéir pour faire la preuve des dispositions d'une loi étrangère. Les tribunaux ont toujours la faculté d'apprécier suivant les circonstances la valeur des documents dont il est fait état à la barre sans être jamais tenus de s'y arrêter (2).

En règle générale, cependant, la loi écrite étrangère doit être établie, si cela est possible, par une copie régulièrement authentique du texte de la disposition étrangère invoquée (Bordeaux, 1^{er} mars 1889,

(1) Voir Ancienne Jurisprudence au S. et P. chr. V^o acte de notoriété, n^o 4 (2^o) MERLIN, Rep. V^o acte de notoriété; LAURENT. Principes I., n^o 262; ASSER p. 37; LESSONA, *Revue de droit international et de lég. comp.* 1886, p. 552; DEMOLOMBE, I., n^{os} 109 et 110; BAUDRY, LACANTINERIE, HOUQUES et FOURCADE, t. I, n^o 250. Voir également article 5 Code civil annoté, n^o 84.

(2) DALLOZ, S. V^o Mariage, n^o 388, note I et V^o Loi, n^o 520. Rep. prat. V^o Loi et Décret, n^o 537. Dictionnaire VINCENT et PENAUD V^o Loi étrangère n^o 41 et s.; WEISS, III, p. 168, C.p.r. Montpellier, au Clunet 1895, p. 638; ASSER et RIVIER, p. 34 et s.

Clunet, 1892, p. 990). C'est dans ce sens que le tribunal d'Anvers a jugé « que devant les tribunaux belges, les lois anglaises ne peuvent s'établir que par documents imprimés mais que, dans ce cas, c'est à celui qui en conteste l'authenticité à prouver qu'ils sont apocryphes » Anvers, 13 décembre 1890, *Pasicrisie*, 1891, III, p. 160). Enfin, pour les tribunaux italiens, la loi étrangère peut être prouvée « par la production d'un volume de l'annuaire de législation étrangère, publié à Paris, volume possédé par la bibliothèque de l'Université de Gênes ».

(Cass. Florence, 13 mai 1918, Clunet, 1919, p. 1136 et note (1).

(C.p.r. Cass. Turin, 24 mai 1910, Clunet, 1911, p. 672.)

La preuve de la loi étrangère peut résulter également de la production par l'une des parties d'un certificat de coutume, c'est-à-dire d'une attestation émanée d'hommes compétents du pays dont la législation est en litige et établissant que, sur un point donné, la loi étrangère reçoit telle ou telle interprétation (2). Ces certificats peuvent être délivrés soit par l'autorité publique étrangère, notamment par les agents diplo-

(1) C.p.r. la loi du 27 juillet 1898, pour les Nouvelles-Galles du Sud, qui dispose dans son article 19 que : 1^o La preuve d'une loi, d'un code ou du droit écrit d'une autre possession britannique ou d'un Etat étranger, pourra être faite par la production d'un exemplaire imprimé en volume desdits code ou loi, lequel : a) sera lui-même une publication officielle du Gouvernement de ladite possession Etat étranger ; b) ou sera prouvé être admis comme preuve devant les cours ou tribunaux de ladite possession ou dudit Etat ; 2^o La preuve du droit coutumier ou du droit écrit pourra être faite par la production d'un recueil de jurisprudence ayant autorité (*Annuaire de la Législation étrangère*, 1899, p. 978).

(2) DARRAS au Clunet 1901, p. 675 et note 4.

matiques ou par les consuls du pays ou la loi est en cause, soit par toute autre autorité. La qualité des personnes qui délivrent des certificats de coutume peut varier en effet selon la nature du point en litige ou le caractère de la législation étrangère. C'est ainsi que parfois les tribunaux ont été amenés à considérer comme probants des certificats de coutume délivrés par des prêtres ou des rabbins, lorsque la question débattue relève de l'autorité religieuse dans le pays où s'applique la loi dont on recherche le sens (1). Mais le procédé de preuve le plus fréquemment employé en pratique et offrant le plus de garanties, est bien celui qui consiste dans la production de certificats officiels délivrés par les consuls ou agents diplomatiques des pays dont on veut faire connaître la législation (2). La preuve de la loi étrangère peut aussi être fournie à l'aide d'attestations délivrées par les consuls nationaux en pays étranger (3),

(1) Voir les nombreux exemples cités par Darras (*loc. précitée*) sous note 5 et notamment les certificats de rabbins sur le droit mosaïque applicable à des israélites marocains ou tunisiens ; les déclarations du consistoire supérieur du grand-duché de Hesse sur les mentions inscrites sur les registres des paroisses, en cas de mariage (Nice, 5 juin 1893, CLUNET 1893, p. 884) ; c.p.r. également un certificat de l'archevêque grec de Smyrne au cas d'un mariage célébré dans les Echelles du Levant, suivant les rites de l'Eglise orthodoxe orientale (CLUNET 1890, p. 914) et aussi : Cass, 25 novembre 1892 (CLUNET 1893, p. 397) et Paris 13 août 1899, D. P. 1890, II, p. 61.

(2) Cass, 4 avril 1881 (Sir. 1883, I, p. 65). Seine 20 avril 1891 (CLUNET 1891, p. 932). Paris 30 décembre 1891, *Rev. prat. de droit international*, 1892, I, p. 1882, et aussi CLUNET 1892, p. 141.

(3) Certificats de consuls belges à l'étranger, Trib. Anvers, 11 mai 1888 (CLUNET 1889, p. 718) ; déclaration d'un consul allemand, Reichsgericht 22 juin 1893 (CLUNET 1894, p. 570) ; certificats de consuls italiens résidant dans l'Etat où la loi est en vigueur, Turin, 12 décembre 1908 (CLUNET 1910, p. 278).

soit par les ambassades étrangères en France (1), voire même par le ministère étranger compétent (2) ou tous autres organes officiels du gouvernement étranger (3).

Tout récemment, la nouvelle jurisprudence du tribunal de la Seine et de la Cour de Paris, sur l'admission devant nos tribunaux des demandes en divorces formées par des israélites du Levant, et notamment entre époux polonais (Seine, 24 décembre 1921, *Gaz. pal.* 1922, I, 284) a donné lieu à toute une série d'espèces dans lesquelles il a été fait état de certificats de coutume délivrés par le consul général de Pologne à Paris, certificats attestant qu'aux termes de l'art. 189 de la loi sur le mariage en Pologne, le divorce entre israélites est autorisé pour autant que la loi religieuse ne s'y oppose pas; dans ce cas, le divorce doit être prononcé par les tribunaux français entre les époux polonais pour les motifs admis par la loi nationale des parties et dont le certificat produit fait foi (Paris, 6^e ch. 23 mars 1922, *Gaz. pal.* 1922, II, p. 176. — Paris, 8^e ch. 10 mai 1922, *Gaz. pal.* du 3 novembre 1922).

(1) Seine 5 avril 1895 (*CLUNET* 1895, p. 607).

(2) Cass. 14 mai 1895 (*CLUNET* 1895, p. 837). En France, la Chancellerie, sans entrer dans l'interprétation des textes, délivre, soit aux Français, soit même aux étrangers, qui sont appelés à se prévaloir d'une loi française, des certificats de coutume, constatant que la disposition invoquée est encore en vigueur (Lettre du Garde des Sceaux au Ministre des Affaires étrangères du 25 fév. 1882. *Bulletin off. du Ministère de la Justice*, 1882, p. 182).

(3) Avis de la section législative du Conseil d'Etat ottoman du 24 avril 1892, sous Cass. 2 août 1893 (*SIREY*, 95, I, p. 452), relatif à la nationalité des femmes françaises qui épousent un sujet ottoman. Attestation officielle du pays dont la loi est en discussion, produite dans les formes requises pour donner authenticité aux documents étrangers. Trib. Lisbonne, 26 février 1912 (*CLUNET* 1913, p. 1354).

On peut enfin citer comme modes de preuve d'une loi étrangère, les décisions judiciaires rendues dans le pays étranger sur le point litigieux (1), les solutions proposées dans des ouvrages de doctrine ou même les consultations délibérées par des jurisconsultes du pays étranger (2), voire même par des jurisconsultes nationaux sur le droit étranger (3).

Tels sont, brièvement exposés, les divers modes de preuve qui, soit isolément, soit cumulativement, sont employés devant les tribunaux pour arriver à déterminer l'existence et le sens véritable des lois étrangères.

Ce rapide examen nous laisse l'impression qu'il est pratiquement fort délicat pour le juge de se faire une opinion exacte d'une autre loi que sa loi nationale lorsque les principes lui en dictent l'application. Il est incontestable, en effet, qu'il existe dans toutes les législations qui assimilent la production des lois étrangères devant les tribunaux à la preuve d'un simple fait juridique ou matériel, une grave lacune

(1) V. notamment : Seine 28 juillet 1892 (CLUNET 1892, p. 1177); Cass. 12 juillet 1893 (Sir. 1895, I, p. 443).

(2) Alger 14 janvier 1892 (*Rev. prat. de droit int. privé*, 1892, I, p. 292; Cour d'appel d'Indo-Chine 12 janvier 1891 (CLUNET 1892, p. 725); Dijon 5 déc. 1892 (CLUNET 1893, p. 1155); Tunis 13 mars 1893 (CLUNET 1894, p. 346).

(3) Lyon 20 juillet 1892 et Cour Lyon 20 juin 1894 (CLUNET 1895, p. 632); Trib. Sousse 23 juin 1898, cité par Darras (*loc. préc.*). Même solution devant les tribunaux italiens : appel Lucques 9 avril 1891, CLUNET 1893, p. 118 (note). Voir toutefois Cass. Florence 20 février 1890 (cité sous note 3, Weiss, traité I, p. 187) qui décide que l'affirmation de l'existence et du sens exact d'une loi écossaise, même émanée du doyen de la Faculté des avocats écossais, ne serait pas une preuve suffisante des dispositions de cette loi.

tenant précisément à ce fait que l'on veut appliquer un système de preuves contrairement aux prévisions du législateur lui-même, et dans des hypothèses où la preuve judiciaire est inconciliable avec le caractère de nécessité impérative de la loi (Aubry et Rau, 5^e éd., t. XII, paragr. 749, note 3). C'est donc bien en vain que les tribunaux ont tenté d'assimiler la preuve des lois à la preuve des faits; le moyen est certainement défectueux et c'est ce qui explique toutes les difficultés et même les impossibilités auxquelles le juge se heurte à chaque pas qu'il veut faire dans cette voie.

Le juge est cependant excusable dans son erreur et s'il a fait fausse route, c'est bien certainement parce qu'il n'a pour ainsi dire aucun moyen d'investigation lui permettant de connaître d'office des lois étrangères. Sans doute, on a fait déjà les plus louables efforts pour développer la connaissance de la loi étrangère, et la Société de législation comparée peut certes revendiquer une bonne part des résultats déjà obtenus. Mais il faut bien le reconnaître, il reste encore à réaliser d'importants progrès pour que la connaissance des textes législatifs en vigueur atteigne toute la perfection qui serait désirable. Il n'est pas seulement nécessaire pour le juge d'avoir sous la main des publications lui rapportant fidèlement le texte des lois étrangères qu'il aura éventuellement à appliquer, il lui faut encore connaître l'interprétation que la jurisprudence locale leur donne dans le pays où ils sont applicables; certes, des notes savantes jettent quelquefois un jour lumineux sur

les travaux préparatoires de ces lois, mais comme le faisait déjà remarquer M. Bufnoir il y a trente ans, s'il est important de savoir comment une loi se comporte lorsqu'elle naît à la vie juridique, il faudrait, pour que les études de législation comparée soient encore plus fructueuses, que l'on pût suivre les lois étrangères dans leur application à la vie réelle.

« Il y a là, disait M. Bufnoir à la Société de législation comparée, tout un ordre d'études complémentaires qu'il faudra aborder d'une manière suivie si nous voulons arriver à des résultats pleinement satisfaisants » (1).

En France, le Bulletin publié par la Société de législation comparée permet assez facilement au juge de se procurer une utile documentation sur le texte étranger applicable au litige. Mais cette publication, fondée depuis 1868, est encore à l'heure actuelle souvent ignorée des tribunaux qui la compulsent trop rarement. A côté des études particulières sur le droit étranger, publiées dans ce bulletin, la Société de législation comparée mettait à l'œuvre également la création d'un annuaire de législation étrangère qui paraît régulièrement. Par ailleurs, la Société de législation comparée tentait un travail plus considérable; dès 1875, elle entreprenait la traduction des codes étrangers. Dans cette œuvre gigantesque, elle a été aidée par le Gouvernement qui instituait près le ministère

(1) BUFNOIR, *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1891, p. 69. Voir également DARRAS, *loc. préc.* (CLUNET, 1901, p. 214).

de la Justice un comité de législation étrangère (1) chargé de publier, aux frais de l'Etat, de concours avec la Société de législation comparée, la collection des principaux codes étrangers.

Il convient de rapprocher de cette œuvre une autre publication qui, sans être officielle, n'en a pas moins rendu autant de services au point de vue de la connaissance des lois étrangères, c'est le « Journal de droit international privé » fondé en 1874 par M^e Clunet, avocat à la Cour de Paris et qui, dans sa collection composée aujourd'hui de cinquante volumes, a publié le texte *in extenso* ou analysé de nombreuses lois étrangères.

(1) Un arrêté du 27 mars 1876 instituait au Ministère de la Justice une collection des lois étrangères à laquelle était affecté un crédit qui fut porté en 1900 à 22.000 fr. par an et constituait un comité chargé de donner son avis sur le mode de formation de cette collection, « de veiller au classement et à la conservation des documents qui doivent y figurer, et, en outre, de signaler au Garde des Sceaux les lois étrangères dont il lui paraît utile de publier la traduction ».

Ce comité fut transformé le 26 décembre 1908 en un « Office de législation étrangère et de droit international », investi de la personnalité civile. Un décret du 21 juillet 1910, article 1^{er}, 3^e et 4^e, autorisa expressément cet office à fournir aux corps judiciaires, aux commissions parlementaires, aux administrations publiques des indications sur les traités et les lois étrangères et à délivrer à tous les intéressés des copies ou des traductions certifiées conformes des textes des lois étrangères, des traités et de tous autres documents. Deux arrêtés du Garde des Sceaux en date du 22 juillet 1910 ont nommé les membres du nouveau comité de législation étrangère et de droit international, parmi lesquels M. Clunet, du barreau de Paris, MM. les professeurs Lyon-Caen, Louis Renault, André Weiss, de nombreux membres de la Cour de Cassation, des diplomates, etc. L'Office est ouvert non seulement aux Français, mais encore à tous les gouvernements étrangers qui jugeraient à propos de le consulter.

(Voir brochure du Ministère de la Justice, p. 17, note 1, Paris, Imprimerie Nationale 1908). (CLUNET 1911, p. 270.)

A côté de ces deux grandes publications se sont constituées quelques collections privées, tant en France qu'à l'étranger (1).

— Un autre moyen souvent employé pour remédier également aux difficultés que présente la connaissance des lois étrangères est du ressort non plus des compilations privées, mais plutôt de la voie diplomatique. Ce sont les traités internationaux obligeant les Etats signataires à faire l'échange réciproque de leurs actes législatifs. Les différents Etats ont déjà signé un nombre important d'accords de ce genre qui paraissent être appelés à rendre de grands services, si l'usage s'en généralise (2).

— Enfin les grandes associations qui se sont consacrées au développement du droit international privé ne pouvaient manquer, elles aussi, de s'arrêter à la question de divulgation des lois étrangères entre les différents pays, en préconisant la création d'organismes dont les collections de textes législatifs étrangers seraient accessibles au public, ou de bureaux spéciaux chargés dans chaque pays de délivrer aux tribunaux étrangers des certificats officiels précisant leur législation nationale.

C'est ainsi que, dès 1883, l'Institut de droit international a mis à l'étude la question de savoir « quels seraient les moyens à proposer aux Gouvernements en vue de favoriser la connaissance des lois étran-

(1) DARRAS, *loc. préc.* au Clunet 1901, p. 219 et 220, n° 11.

(2) Voir la liste des traités passés entre les Etats sur la communication réciproque des documents législatifs. DARRAS, *loc. préc.*, n° 22, p. 226.

gères et en particulier d'assurer la preuve de ces lois devant les tribunaux ».

Sur le rapport de MM. Norsa et Pierantoni, la savante assemblée, après s'être réunie d'abord à Bruxelles, en 1885, n'a pu émettre son vœu définitif sur le premier point que dans sa session de Heidelberg de 1887 (1).

Quant à la question de preuve des lois étrangères devant les tribunaux, c'est seulement dans sa session de Hambourg de 1891 que l'Institut, adoptant les conclusions de M. Pierantoni, a pris ses résolutions (2).

(1) Ce vœu était le suivant :

« 1^o Que les gouvernements s'engagent à se communiquer les lois qui sont en vigueur et qui seront promulguées ultérieurement dans leurs Etats respectifs, conformément à ce qui suit ;

« 2^o Que, parmi les lois à communiquer, on comprenne principalement :

« a) Les codes, les lois et les règlements qui concernent le droit civil et commercial, le droit pénal, les procédures civile et pénale, y compris ceux qui regardent la faillite ou le concours des créanciers, et l'organisation judiciaire ;

« b) Les lois et les règlements qui se rapportent au droit administratif et public intérieur, quand ils auront un intérêt général pour les citoyens des diverses nations ;

« c) Les traités, les conventions et les accords internationaux, ou les dispositions y contenues concernant les rapports de droit civil ou d'intérêt économique ;

« d) Les lois et les règlements édictés par suite desdits accords internationaux, de quelque forme qu'ils soient, ou traités d'union avec divers Etats, ou conventions internationales spéciales avec l'un d'eux ;

« 3^o Que, dans chaque Etat, ces divers documents soient réunis dans un dépôt central rendu accessible au public. »

(*Annuaire de l'Institut de droit international*, tome IX, p. 311.)

(2) I. — L'Institut déclare :

« 1^o Que, dans l'état actuel de la science du droit et des rapports internationaux, et en présence du plus grand nombre des lois éla-

Il faut en rapprocher le long vœu émis en 1900 par le Congrès international de droit comparé à Paris sur le rapport de M. Lyon-Caen, qui indique également différentes mesures tendant à favoriser la connaissance et l'utilisation du droit étranger (1).

Dans le même ordre d'idées, il faut signaler également la proposition de M. Doroghi à la session de Budapest de l'International Law Association (septembre 1908) et la communication de M. F Meili, professeur à l'Université de Zurich à la Société des Jurisconsultes allemands le 9 octobre 1909 sur le développement du droit international privé (2).

borées dans les pays civilisés, la preuve des lois étrangères ne peut être une question de fait abandonnée à l'initiative des parties ;

« 2° Qu'il est nécessaire de fixer des règles générales et uniformes à substituer aux différents usages qui sont en vigueur.

« II. — L'Institut émet le vœu que, par des accords internationaux, les Etats s'obligent à l'application des règles suivantes ;

« a) Quand, dans un procès civil, il y a nécessité d'appliquer une loi étrangère sur l'existence et la teneur de laquelle les parties ne sont pas d'accord, le juge, le tribunal, ou la cour, sur la demande des parties, ou d'office, déclarera, dans une décision préparatoire, quels sont les lois ou les points de droit nécessaires pour vider l'affaire ;

« b) Le juge ou le président délivrera, dans le plus court délai possible, des lettres rogatoires qui, par l'intermédiaire du Ministère de la Justice et du Ministère des Affaires étrangères, seront remises au Ministère de la Justice de l'Etat dont on veut connaître les lois ou certains points de droit ;

« c) Le Ministère de la Justice de ce dernier Etat répondra à la demande faite, en s'abstenant de tout conseil ou avis sur toute question de fait et en se bornant à attester l'existence et la teneur des lois ;

« d) Dès que les textes des lois et les certificats auront été remis au tribunal, ils seront déposés au greffe, et sur requête de la partie la plus diligente, la procédure reprendra son cours. »

(*Annuaire de l'Institut de droit intern.*, t. XII, p. 328.)

(1) DARRAS. *Loc. précit.* CLUNET, 1901, p. 217 et la note qui donne le texte complet de ce vœu.

(2) *Revue de droit international privé*, 1910, p. 558.

Ces vœux n'ont malheureusement pas eu suffisamment d'échos dans les différents pays qui n'ont pas compris les conséquences qui pouvaient en résulter pour l'application de leurs lois respectives devant les tribunaux étrangers.

Et les belles conceptions échangées dans ces réunions savantes ne sont restées que trop dans le domaine de l'idéal non réalisé, sans sortir de l'enceinte hautement scientifique dans laquelle elles ont été élaborées.

Les événements qui se sont succédé depuis 1914 n'ont certes pas été faits pour favoriser leur réalisation et cependant en pleine guerre, nous relevons la fondation hollandaise d'un « Institut intermédiaire international ». Le 19 janvier 1918, le Palais de la Paix réunissait dans ses murs une assemblée notable en séance solennelle sous la présidence du ministre d'Etat, et dans laquelle, parmi les juristes français, on remarquait MM. Léon Bourgeois et Edouard Clunet. Leur dessein n'était pas de se mêler de quelque façon au cours des événements mondiaux, ils avaient en vue un travail pacifique par excellence destiné à rendre des services internationaux de nature impartiale et désintéressée. L'« Institut intermédiaire international » se proposait de créer un bureau d'information destiné à procurer au profit de tout le monde des informations scientifiques, pratiques et complètes sur tout sujet de droit international public ou privé, de législation, de jurisprudence, de traités, etc... ».

Institué sous les auspices du gouvernement néerlandais, ce « bureau mondial d'information » qui a

élu domicile à la Haye, 3, Oude Scheveningsche Weg (1), peut être d'un grand secours pour faciliter dans les différents pays la connaissance et l'application des lois étrangères et permettre ainsi de se procurer rapidement la jurisprudence des tribunaux étrangers sur l'interprétation des dispositions respectives de leur législation nationale.

Il reste certes encore beaucoup à faire pour arriver à un système parfait de communication des actes législatifs des différents pays entre eux; et sur ce point, il est pleinement désirable que l'Institut de droit international qui, après avoir subi comme tant d'autres compagnies le fâcheux contre-coup de la guerre, a aujourd'hui renoué les fils de ses plus brillantes traditions (2), dirige une fois de plus ses lumières sur cette question de la connaissance des dispositions législatives étrangères qui est bien, pour nos tribunaux, la pierre d'achoppement de l'application de ces lois.

(1) Voir communiqué de La Haye du 28 mai 1918, CLUNET, 1918, p. 1333.

(2) La XXX^e Session de l'Institut de Droit international, dans le *Temps* du 19 août 1923.

TROISIÈME PARTIE

SANCTION DE L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES PAR NOS TRIBUNAUX ROLE DE LA COUR DE CASSATION

Il nous reste à examiner la forme pratique sous laquelle se présente, devant nos tribunaux, l'obligation pour le juge d'appliquer les lois étrangères, et la mise en œuvre du système jurisprudentiel sur cette question.

Si, en vertu des lois et des règles de droit international privé, le juge français se trouve conduit à faire application d'une loi autre que sa loi nationale, il y a lieu de se demander à quelle sanction on devra recourir pour le contraindre, tout d'abord à faire cette application, en second lieu à interpréter cette loi, conformément à son sens véritable.

Cela revient à se demander si le recours en cassation est ouvert pour défaut d'application ou mauvaise application de la loi étrangère.

La question est en réalité double, car la bonne application de cette loi résultant d'une saine interprétation de son texte, n'est susceptible de faire l'objet d'une sanction que si l'on admet préalablement que la nécessité même de son application est soumise au contrôle de la Cour Suprême.

Il est clair en effet que si celle-ci ne peut casser un arrêt pour avoir omis d'appliquer au litige la loi étrangère qui le devait régir, elle ne saurait, à plus forte raison, le censurer pour avoir commis une simple erreur d'interprétation dans l'application de cette loi.

Il nous faut donc étudier séparément et successivement les deux hypothèses de non-application de la loi étrangère et de fausse interprétation ou de mauvaise application de son texte. Cette distinction relevée déjà par M. Chausse en 1891 (1) n'a pas toujours été nettement aperçue, et de là sont venues les premières incertitudes qui ont fait confondre trop souvent le cas où le juge ne s'est pas référé à la loi applicable au litige et celui où, s'y étant référé, il s'est trompé sur son interprétation. La Cour suprême elle-même l'a perdu de vue bien souvent; c'est ce qui explique les contradictions et les lacunes que nous surprendrons dans les quelques arrêts que nous nous proposons d'étudier et qui, au lieu de nous révéler un système simple et net dominé par une idée directrice fondamentale, feront ressortir les hésitations de sa jurisprudence qui s'attache à

(1) *Revue critique* 1891, p. 249.

des différences entre les espèces — suivant que l'application de la loi étrangère est commandée par un texte précis de notre législation, ou découle simplement des règles de droit international privé — pour en tirer des distinctions purement arbitraires sur le fond du droit.

§ 4. — SANCTION EN CAS DE NON APPLICATION
DE LA LOI ÉTRANGÈRE

On admet à peu près universellement maintenant que si les juges du fond ont omis, quand les textes ou les règles de droit international l'exigeaient, d'appliquer la loi compétente, leur décision doit être cassée; c'est d'ailleurs une conséquence directe des principes que nous avons exposés quant à l'obligation pour le juge de faire application des lois étrangères sur l'ordre impératif, tacite ou présumé du législateur français.

On peut dire aujourd'hui que la Cour Suprême, en cas de refus par les juges du fond d'appliquer une loi autre que la *lex fori*, admet en principe les pourvois et casse les décisions entreprises. Elle a pourtant été assez longue encore à s'affranchir de la réserve qu'elle a toujours faite dans son ancienne jurisprudence pour le cas où l'application de la loi étrangère n'était commandée par aucune disposition formelle de notre législation; les derniers arrêts recueillis depuis une vingtaine d'années ne reproduisent plus cependant la vieille formule d'après laquelle la Cour ne se considérait comme autorisée

à exercer son contrôle de ce chef que pour le cas où « la violation de la loi étrangère devenait la source d'une contravention expresse à la loi française » :

L'examen de la jurisprudence de la Cour Suprême va nous montrer en effet, que si, dans cette dernière hypothèse, elle a dès l'origine admis le pourvoi avec fermeté, elle a par contre longtemps hésité à admettre que la violation des principes de droit international privé puisse donner lieu à cassation⁹

C'est ainsi qu'il a été jugé depuis fort longue date que devait être cassée la décision qui, pour apprécier au point de vue de la forme la validité d'un acte de l'état civil, d'un acte de mariage ou d'un testament de Français à l'étranger, ne se référait pas à la loi étrangère dont l'application était prescrite par les articles 47, 170 et 999 du Code civil. Le tribunal qui refuserait de tenir compte des prescriptions de la « *lex loci actus* » pour apprécier la validité d'un de ces actes dressé en la forme locale sur le territoire qu'elle régit, s'exposerait à la censure de la Cour Suprême pour avoir enfreint les règles écrites par ces textes du code civil (1).

Il en serait bien certainement de même de la décision du juge qui rechercherait si, aux termes des

(1) Cass. 12 février 1879 (D. P. 1879, I, p. 84); 20 février 1882 (D. P. 1882, I, p. 119); 15 juillet 1889 (CLUNET 1889, p. 835); C.p.r. Cass. Req. 2 août 1897 (D. P. 1898, I, 377) et Cass. 20 juill. 1909 (D. P. 1911, I, p. 135). Voir également les références citées dans Vincent et Penaud *Dict. droit int.*; V° Lois étrangères n° 15; BROCHER, Cours I, p. 154; AUBRY et RAU, 5e édit. I, § 31, p. 153 et 154; CHENON, origine, conditions et effets de la cassation, 1882, p. 156; WEISS, III, p. 193.

articles 17 et 19 C. civ., la naturalisation est acquise en pays étranger, conformément à la loi en vigueur, à une personne ayant perdu la nationalité française (1), ou si, en vertu de la loi du 18 juin 1917, modificative de la loi du 5 avril 1915, la nationalité d'origine d'un naturalisé français déterminée par application de la loi compétente, entraîne pour lui la déchéance de la nationalité française, s'il était ancien sujet d'une puissance en guerre avec la France; c'est ce qu'a jugé implicitement la Chambre Civile le 10 février 1920 (Gaz. Pal., 1920, I. p. 345) en sanctionnant la décision des juges du fond qui, par une juste application de la loi roumaine, ont déclaré, en vertu de l'application de l'article 1^{er}, paragr. 3, de la loi du 18 juin 1917, un Autrichien naturalisé français déchu de la nationalité française.

Et de même, nous l'avons vu dans la première partie de cette étude, les art. 5 et 7 du Code d'instruction criminelle (loi du 3 avril 1903) en subordonnant les poursuites à l'accord, constaté par le juge, des législations françaises et étrangères sur ce point, enjoignent, de ce fait, au juge de se reporter préalablement à la loi du pays où le délit a été commis, avant de le réprimer (c.p.r. Cass. crim., 22 juin 1901. Clunet, 1901, p. 979).

Il faut en rapprocher deux textes spéciaux de notre législation renvoyant les juges aux dispositions de la loi étrangère et par application desquels la Cour de Cassation a été appelée dans quelques espèces à

(1) Sol. imp. Cass. civ., 16 février 1875 (S. 1875, I, p. 1893).

exercer son contrôle sur les décisions des tribunaux. Il s'agit tout d'abord de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention qui, dans son art. 29, subordonne la durée du brevet d'importation en France, à celle du brevet antérieurement pris en pays étranger; c'est par application de ce texte, dit la Cour Suprême, que le tribunal français doit interroger les dispositions de la loi qui a présidé à la concession du premier brevet (1).

Dans un tout autre ordre d'idées, en matière fiscale, la loi de finances du 28 avril 1816 (art. 58) conduit le juge à définir le caractère juridique de l'acte étranger produit en justice en faisant application de la « *lex loci actus* » pour déclarer s'il a acquitté les mêmes droits que s'il avait été souscrit en France (C. p. r. Cass. 29 juillet 1912. S. 1914. I. 473 et la note de M. Wahl. Cass. civ. 22 octobre 1913. D. P. 1921. I. p. 219. 220).

Il semble également que le juge auquel les parties, agissant dans les limites de leur autonomie, soumettraient un contrat qu'elles ont entendu, ou sont présumées avoir voulu passer sous l'empire d'une législation étrangère, violerait sans aucun doute l'art. 1134 du Code civil aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ce texte, en donnant force de loi à la volonté des parties dans ce cas, a consacré implicitement l'application de la loi étrangère, lorsque les contractants l'ont prise pour base de leur

(1) Cass. 28 juin 1881 (S. 1881, I, p. 409) et la note de M. Lyon-Caen.

accord, ou même lorsqu'ils sont seulement présumés tels. C'est ce qu'a jugé la Cour Suprême en déclarant déjà en 1864 et à maintes reprises depuis, que « aux termes de l'article 1134, les conventions légalement formées tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites, pour décider si une convention a été légalement formée, il faut l'examiner d'après les règles de la législation à laquelle sa formation était soumise » (1).

Nous avons vu, dans la première partie de cette étude, que la jurisprudence partant de ces principes, en a fait de nombreuses applications particulières en matière de conventions matrimoniales, en soumettant même, à défaut de déclaration expresse des parties, leur régime matrimonial à la loi du domicile conjugal, à la loi de la célébration du mariage, ou à la loi nationale des époux, suivant l'intention présumée de ceux-ci (2).

Enfin, il y aurait encore certainement lieu à cassation, si une décision, au mépris d'un traité diplomatique, ne se reportait pas à la loi étrangère pour la solution du litige (3). La convention diplomatique régulièrement faite est en effet comparable à la loi en ce qui concerne son caractère obligatoire pour

(1) Cass. 23 février 1864. D. P. 1864, I, p. 166. Cass. 4 juin 1878. SIREY 1880, I, p. 428. Cass. 6 février 1900. D. P. 1900, I, p. 161 et la note de M. Lyon-Caen. Sol. imp. Cas. civ. 30 décembre 1912. D. P. 1914, I, p. 191 et aussi Cass. Req. 18 juillet 1905. D. P. 1906, I, p. 70.

(2) Req. 18 mai 1886. D. P. 1887, I, 277, 9 mars 1891. D. P. 1891, p. 453. Req. 18 juillet 1905 et 30 décembre 1912 précités.

(3) *Dictionnaire de droit international*, VINCENT et PENAUD, V^e Lois étrangères, n^o 15 bis.

le juge; et lorsque le traité contient une clause en vertu de laquelle les nationaux respectifs des deux pays contractants bénéficient de l'application de leur propre loi pour certains points déterminés, toute la loi étrangère est en quelque sorte sous-entendue dans le traité et devient obligatoire dans toutes ses dispositions comme le traité lui-même. La cassation est alors prononcée pour violation ou fausse application de la loi française parce que, en rejetant l'application de la loi étrangère, le juge du fond a, du même coup, violé la loi étrangère, le traité et la loi française (1).

Dans ces différentes hypothèses, le système de la jurisprudence de la Cour Suprême est des plus simples : elle casse parce qu'il y a contravention expresse ou implicite au texte de la loi française; et, en cela, elle ne fait que confirmer les principes consacrés sur ce point dans ses anciens arrêts : « Pour autoriser le recours en cassation, il faut qu'il y ait eu contravention à une disposition formelle de la loi écrite; car si le tribunal n'avait fait que se mettre en opposition avec un principe de jurisprudence, avec un usage reçu, ou avec une loi abrogée, on ne pourrait pas dire qu'il a contrevenu formellement à la loi » (2).

Il n'est pas très sûr encore qu'à l'heure actuelle, la Cour de Cassation ait entendu à cet égard s'écarter de beaucoup de ces principes. Certes, elle a bien

(1) DESPAGNET, 2^e édit., p. 33, n° 25 et décisions citées par cet auteur. CHÉNON, *loc. préc.*, p. 156. Cass. 3 juin 1874. D. P. 1875, I, p. 30.

(2) PONCET. Traité des jugements, t. II, p. 294.

étendu quelque peu son contrôle quant à l'application même des textes étrangers par les juges du fond; mais, par contre, nous verrons que, dans le dernier état de sa jurisprudence, elle a pour ainsi dire réduit à sa plus simple expression la seconde partie de sa mission consistant à sauvegarder la bonne application et l'exacte interprétation de la loi étrangère.

Aussi, en dehors des cas où une disposition formelle de notre législation commande expressément ou implicitement l'application d'une autre loi que la *lex fori*, il est assez difficile de relever des espèces dans lesquelles la Cour de Cassation ait sanctionné la non-application d'une règle ou d'un principe de droit international renvoyant le juge à la loi étrangère. Il semble d'ailleurs que la Cour Suprême, préférant sans doute s'abstenir de toute affirmation sur ce point, n'ayant nullement souci de trancher cette question de principe en fournissant des motifs raisonnés à l'appui de ses décisions, ait plutôt soigneusement recherché dans chacune de ces espèces un texte de loi positive qui vienne à l'appui du pourvoi dont elle prononce l'admission et pour la violation duquel elle puisse casser la décision entreprise. C'est ainsi, par exemple, que sous prétexte de sanctionner la violation de l'art. 999 C. civ. la Cour de Cassation a consacré implicitement l'application de la règle « *locus regit actum* » (1) et qu'elle a cassé pour inobservation de l'art. 339 du code civil une décision qui, contrairement à la règle d'après laquelle l'état

(1) Cass. 20 juillet 1909. D. P. 1911, I, p. 135.

et la capacité des étrangers sont régis par leur loi nationale, a appliqué la loi française à une reconnaissance d'enfant naturel, alors que la loi italienne était compétente (1); de même encore, nous avons vu que c'est en invoquant la violation de l'art. 1134 C. civ. que la Cour Suprême a sanctionné la règle de l'autonomie de la volonté des parties contractantes en droit international privé (2). Il est assez curieux cependant de remarquer que, dans ce dernier cas, la Cour casse pour non-application d'une loi étrangère simplement convenue entre les parties, alors que si l'autorité de cette loi avait été fondée sur un principe de droit international privé reconnu, mais non inscrit dans nos codes, elle aurait peut-être refusé son contrôle (3).

Il ne faut donc pas se méprendre sur la portée de ces décisions fondées plutôt sur la violation d'un article de nos codes que sur l'inobservation d'une règle de droit international privé; elles ne sauraient trancher nettement la question d'ouverture à cassation pour non-application de la loi étrangère contrairement à un de ces principes.

Néanmoins, un point n'en demeure pas moins acquis, c'est que, en dehors des cas d'application de la loi étrangère expressément prévus par notre loi, la Cour Suprême a fait incontestablement de réels

(1) Cass. civ. 17 janvier 1899 (CLUNET 1899, p. 546). SIREY 1899, I, p. 177 et la note de M. Pillet.

(2) Cass. civ. 23 février 1864, précité et les nombreuses décisions dans ce sens.

(3) PILLET, note sous Cass. 17 janvier 1899, au Sirey 1899, I, p. 177.

efforts pour se détacher de son ancienne jurisprudence d'après laquelle la cassation n'était possible que lorsqu'il existait entre la loi française et la loi étrangère un lien suffisamment intime pour que l'on ne puisse pas négliger celle-ci sans violer celle-là.

Tout en restant le plus souvent possible à l'écart des décisions rendues en la matière par les juges du fond, et en évitant de s'immiscer dans des doctrines aussi complexes et aussi peu fixées que celles qui font l'objet du droit international privé, la Cour de Cassation a été amenée cependant à faire une consécration expresse de certaines règles des conflits de lois.

C'est la règle « *locus regit actum* » qui fait l'objet de la consécration la plus certaine par la jurisprudence de la Cour. Il est hors de doute, en effet, que, en plus des hypothèses spécialement prévues par les art. 47, 170 et 999 du Code civil et dans lesquelles l'application de la loi étrangère résulte manifestement d'un commandement exprès du législateur, notre Cour Suprême exerce son contrôle sur toutes les décisions qui contreviennent au principe posé par cette règle quant à la forme extérieure des actes. Notre législateur, à n'en pas douter, a bien certainement étendu tacitement, sinon implicitement, l'application de cette règle à tous les actes, et non pas seulement à ceux prévus par les trois articles 47, 170 et 999 du Code civil (acte de l'état civil, acte de mariage, testament). L'arrêt de principe remonte au 18 avril 1865 (Sirey, 1865, I, p. 317). « Attendu en droit qu'en ce qui touche la forme des actes passés en pays étrangers, la maxime « *locus regit ac-*

« *tum* » de tout temps admise par l'ancienne législation française est formellement consacrée par le code Napoléon qui l'applique notamment aux actes de l'état civil et aux testaments ». Depuis, la Cour Suprême n'a cessé de l'affirmer dans de nombreux arrêts en spécifiant même qu'il faut en étendre l'application à tous les autres actes (Cass. 20 juillet 1909 D. P. 1911. I. p. 135 et les conclusions conformes de M. le procureur général Baudoin rapportées sous cet arrêt au *Clunet* 1909, p. 1120) (1).

La jurisprudence de la Cour de Cassation est malheureusement loin d'être aussi nette quant aux autres règles de conflits de lois et notamment sur deux points des plus importants en droit international privé, l'état et la capacité des personnes, la nature mobilière ou immobilière des biens.

Si, à la vérité, en matière mobilière ou immobilière, il est possible de relever quelques décisions sanctionnant incontestablement l'application de la « *lex rei sitae* » (Cass. 8 mars 1909, D. P. 1909. I, p. 305 et les arrêts cités dans les dissertations de M. Nast au D. P. 1910, I, p. 65, notes 1 à 3 et de M. Wagner au S. 1910, II, p. 226, note 2-4 (2), en

(1) Dans ce sens également Cass. 23 mars 1892. S. 1892, I, 521. A signaler aussi d'intéressantes applications de cette règle en matière de reconnaissance d'enfant naturel (Req. 2 août 1897. D. P. 1898, I, 377); de donations (Cass. 29 juin 1922. D. P. 1922, I, p. 127); d'effets de commerce (Cass. Civ. 6 février 1900, *CLUNET* 1900, p. 605).

(2) Comparez également Cass. 26 juillet 1894. D. P. 1895, I, p. 5, 18 mars 1895, D. P. 1895, I, p. 336 et la note de M. Despagne sous le premier arrêt, quant à l'application de la loi locale en Tunisie en matière d'impôts fonciers. Et en matière de succession mobilière. Cass. rej. 18 janvier 1911. D. P. 1918, I, p. 73.

matière d'état et de capacité le système jurisprudentiel consacré par la Cour Suprême est loin d'être établi; elle hésite encore à l'heure actuelle à sanctionner les principes que la doctrine a justement déduits d'une interprétation de l'art. 3, bien conforme d'ailleurs, nous l'avons vu dans l'étude des travaux préparatoires, aux intentions des rédacteurs du code.

La volonté du législateur, telle qu'elle se dégage des discussions qui ont précédé la rédaction de l'art. 3 C. civ., et des termes de cet article lui-même, a été, nous pensons l'avoir suffisamment démontré dans la première partie de cette étude, d'ouvrir dans certains cas les portes du prétoire aux lois étrangères et d'obliger nos tribunaux, en rendant la justice, à tenir compte de cette volonté sinon expresse du moins tacite de notre législateur. Mais cependant, c'est précisément cette absence de texte formel qui a fait dire à certains auteurs que, si le juge doit appliquer le statut personnel, on ne peut invoquer la violation d'un tel principe de droit international privé, dont la consécration par notre loi n'est pas certaine, pour justifier un pourvoi devant la Cour de Cassation (1).

Il serait peut-être téméraire de préjuger de l'opinion de la Cour Suprême sur ce point; il nous paraît toutefois à peu près certain qu'elle n'a jamais manifesté l'intention bien nette d'étendre son contrôle à

(1) DESPAGNET, n° 25 *bis*, p. 33 et 34. AUBRY et RAU, 5^e édit., t. I, § 31, p. 453, LAURENT, II, n°s 273, 275 et 281.

l'application de la loi étrangère en pareil cas. En remontant dans l'ancienne jurisprudence de la Cour, il n'est possible de relever qu'un seul document dont on puisse faire état pour admettre la cassation dans cette hypothèse; c'est un vieil arrêt du 23 février 1860 (S. 1860, I, p. 210) rendu dans la célèbre affaire Buckley sur le réquisitoire du procureur général Dupin (1); mais son imprécision est telle qu'à ce point de vue au moins, sa valeur doctrinale ne peut pas être bien considérable. On ne peut davantage tirer argument des arrêts des 24 juin 1878 (S. 1878, I. p. 429), 22 février 1882 (S. 1882, I, p. 393) et 1^{er} mars 1910 (Chunet, 1910, p. 888) qui, ayant trait à la question du renvoi que nous avons étudiée, ne fournissent que des inductions éloignées et sans rapport nécessaire avec la question qui nous occupe.

Cependant, le 17 janvier 1899, une affaire retentissante (Bari contre les princes de Bourbon) a donné l'occasion à la Cour Suprême de se prononcer sur le statut des étrangers (S. 1899, I, p. 177). Cet arrêt, entièrement nouveau tant par la solution qu'il fournit qu'aussi et surtout par sa méthode, a donné lieu à de nombreux commentaires : il casse l'arrêt attaqué non pour violation de l'art. 3 ou d'un principe de droit international privé qui en découle, mais pour violation de l'art. 339 C. civ. qui a été appliqué à tort par les juges du fond à une reconnaissance

(1) « C'est par les lois de son pays, par les faits accomplis dans ce pays conformément à ses lois que doit être appréciée la capacité de l'étranger pour contracter mariage en France. » Cass, civ, 23 fév. 1860, (S. 1860, I, p. 210.)

d'enfant naturel, alors qu'en l'espèce la loi italienne était seule compétente. La Cour de Cassation a, dès lors, le moyen d'assurer le contrôle des théories de droit international, car si une Cour d'Appel, par une fausse doctrine de droit international, applique à un litige donné la loi française, on peut soutenir qu'elle viole cette loi en étendant abusivement son champ d'application au détriment de la loi étrangère qui était applicable au litige. Toute question de conflit implique en effet le point de savoir si la loi française a été appliquée ou omise à tort et il est toujours vrai de dire qu'en appliquant un texte de nos lois à une hypothèse pour laquelle il n'était pas fait, la juridiction de jugement a violé ce texte.

La doctrine, et à sa tête M. Pillet (1), avait fondé de grandes espérances sur cet arrêt plein de promesses d'où il souhaitait voir jaillir enfin un système français de droit international privé.

La Cour Suprême avait en mains le moyen pratique de contrôler toutes les décisions des juges du fond touchant un point de droit international relatif à l'application d'une loi étrangère.

Elle n'en a pas usé dans la suite de ses arrêts et n'a pas persévéré dans la voie qu'elle s'était pourtant si largement ouverte, effrayée sans doute par les conséquences qui pouvaient en résulter quant à son pouvoir de contrôle des juges du fond en cette matière.

(1) PILLET, *Principes*, p. 87, note 1 et la dissertation sous Cassation 17 janvier 1899, S. 1899, I, p. 178, 179,

Les décisions ultérieures que nous pouvons relever ne font plus qu'admettre implicitement dans leurs motifs le statut personnel des étrangers sans en sanctionner directement l'application. Cass. civ. 29 juillet 1901 (D. P. 1902, I, p. 249). Cass. civ. 30 octobre 1905 (D. P. 1906, I, p. 305). Cass. 9 avril 1910 (G. P. 1910, I, p. 516). Cass. Req. 26 déc. 1917 (G. P. 1918, 19, I, p. 72 et Clunet 1918, p. 714). Cass. civ. 19 mars 1918 (Clunet, 1918, p. 707). Cass. Req. 21 juin 1922 (G. P. 1^{er} octobre 1922). Dans ces nombreux arrêts, en effet, la Cour de Cassation se refusant d'accueillir le pourvoi pour fausse interprétation de la loi étrangère par les juges du fond, laisse supposer nécessairement dans ses motifs qu'elle aurait sanctionné la non-application de cette loi; mais dans aucune de ces espèces, son intention à cet égard n'a été expressément formulée.

Cet examen rapide de la jurisprudence de la Cour de Cassation nous permet donc de dire en résumé que notre Cour Suprême casse pour non-application de la loi étrangère toutes les fois que cette application résulte de la volonté formelle du législateur français, voire même de la volonté des parties dans les limites toutefois de son autonomie; mais nous ne croyons pas pouvoir affirmer que la cassation soit possible toutes les fois qu'il existe entre la loi française et la loi compétente un lien assez intime pour qu'on ne puisse pas négliger celle-ci sans violer celle-là (1).

(1) La décision critiquée par M. Lyon-Caen en est bien la preuve. Cass. 28 juin 1881; S. 1881, I, p. 409.

Et lorsque l'application du texte étranger découle d'un principe ou d'une règle de droit international privé, l'imprécision complète des arrêts de la Cour ne nous permet plus d'en induire aucun système jurisprudentiel et nous oblige à nous contenter de décisions d'espèces, qui admettent la cassation dans certaines hypothèses sans qu'il soit possible d'en tirer des principes certains et bien établis (1).

Avant de passer à la critique de cette jurisprudence, qui nous sera d'ailleurs des plus facile à faire, en raison des principes auxquels la première partie de notre étude nous a conduit, disons tout de suite que la Cour Suprême, dans sa conception étroite de l'application des lois étrangères, a fait toutefois exception pour les lois indigènes de nos colonies ainsi que pour les lois des pays annexés.

On pourrait être porté à croire que la jurisprudence n'a fait autre chose que d'étendre à ces législations les principes que nous venons de voir. Il n'en est rien. Elle a toujours considéré les lois des pays annexés, de même que les dispositions législatives indigènes, comme un élément de notre législation positive.

A vrai dire, pour les lois indigènes de nos colonies, la question se pose beaucoup plus rarement qu'on ne pourrait le croire, parce que le législateur,

(1) La Cour de Cassation belge semble avoir nettement écarté tout pourvoi en cette matière : « La violation des règles non écrites de droit international privé ne peut donner matière à un recours en Cassation que pour autant que ces règles soient admises par une disposition de la loi belge et que celle-ci soit visée par le pourvoi. » Cass. belge 26 novembre 1908. CLUNET, 1909, p. 1178 et la note de M. Perroud.

soit en vue d'épargner aux plaideurs les frais et les lenteurs du recours en cassation, soit pour réserver aux magistrats coloniaux la connaissance de difficultés qu'ils sont seuls en mesure de bien apprécier, a remplacé le pourvoi en cassation contre les décisions des juridictions indigènes en dernier ressort, par un recours en annulation devant la Cour d'Appel de la colonie (1).

Néanmoins, il reste encore bien des cas où les tribunaux français, et surtout les cours d'appel de nos colonies, dans leurs décisions, ont à faire application de la loi indigène. Dans ces hypothèses et lorsque ces décisions sont susceptibles d'être déférées à la Cour Suprême, la jurisprudence de celle-ci semble toujours avoir été dominée par l'idée bien nette, qu'elle n'a fort justement jamais perdu de vue, que la loi indigène est une loi française; et d'ailleurs, dans toutes nos colonies ou protectorats, le texte de la loi, du décret, ou de l'arrêté qui a ordonné le maintien des lois locales, n'a-t-il pas, de ce fait, incorporé en quelque sorte ces dispositions législatives indigènes dans notre propre loi? (2).

Si bien que, lorsque cette loi est écrite, la Cour Suprême doit en contrôler l'application par les juges du fond comme celle de toute autre loi française; quand, par contre, elle n'est que simplement coutu-

(1) APPERT, Le Rôle de la Cour de Cassation dans l'application des lois étrangères ou indigènes. *Revue de droit international privé* 1913, p. 344, note 11.

(2) Voir l'énumération de ces décrets pour nos principales colonies, ci-dessus, 1^{re} partie, ch. I, sect. 1, n° 7 *in fine*.

nière, il appartient aux juges du fond de constater et de faire application des coutumes qui la constituent, sauf le pouvoir de la Cour de Cassation de vérifier si lesdites coutumes ainsi constatées ont bien été appliquées aux faits de l'espèce.

Parmi les lois indigènes considérées comme écrites, le précis de législation annamite rédigé en exécution du décret du 3 octobre 1883, art. 3, promulgué en Cochinchine par arrêté du Gouverneur, a donné lieu à quelques applications intéressantes de ces principes. C'est ainsi que la Cour Suprême casse pour violation de la loi indigène la décision qui statue sans se conformer à une disposition expresse de ce précis de législation annamite (1). De même le pourvoi en Cassation est recevable contre une décision de la Cour de Rabat qui avait violé l'art. 42 du dahir sur la procédure civile de S. M. chérifienne promulgué le 30 août 1913 par le commissaire général résidant au Maroc (Cass. civ. 31 oct. 1916. D. P. 1916, I, p. 265 et les notes 1 à 8).

Toutefois, en Indochine, les juges du fond statuant en matière indigène ont un pouvoir souverain à l'effet de constater les règles de droit annamite applicables à la cause, et leur décision sur ce point échappe à la Cour de Cassation (2); mais, dès lors qu'ils constatent les prescriptions de la loi indigène,

(1) Cass. 30 juillet 1906. CLUNET 1907, p. 403. Sol. imp. Cas. 7 décembre 1915. S. 1915, I, p. 111 et Cass. 28 déc. 1915. *Gaz. Pal.* 1914-1915, p. 450.

(2) Cass. Req. 5 juillet 1899 (D. P. 1902, I, p. 193 et la note de M. Levillain. S. 1900, I, p. 281, avec le rapport de M. Ballot-Beaupré et la note de M. Appert.)

ou simplement la coutume locale, la Cour Suprême recouvre son pouvoir de contrôle sur leurs décisions et les casse pour non-application de la loi applicable en l'espèce (1), ou pour refus de leur part de se conformer à la coutume indigène constatée (2).

Mais si, dans presque toutes nos colonies ou protectorats, une disposition législative française conserve aux indigènes tout ou partie de leurs lois locales, lors de l'annexion d'un territoire étranger, le respect de la loi en vigueur dans ce pays n'est en général constaté par aucun texte. Il n'en est pas moins généralement admis que, même en l'absence de dispositions législatives formelles consacrant ce respect dû à la loi locale préexistante à l'annexion, le pays annexé ne change pas de législation tant qu'elle n'a pas été abrogée par un acte législatif du pays annexant (3). C'est la solution qu'a consacrée la Chambre des Requêtes le 22 janvier 1883 (S. 1884, I, p. 25 et le rapport de M. le conseiller Babinet, ainsi que la note de M. Lacointa) et que la Chambre criminelle a affirmée encore le 27 avril 1912 en déclarant que la loi étrangère régissant avant son annexion un pays réuni à la France est depuis son incorporation « assimilée à une loi française puisqu'elle concerne un pays devenu français » (Cass. crim. 27 avril 1912, D. 1914, I, p. 149 et la note de M. Paul Bureau.)

La cassation est donc admise pour non-application de la loi locale du pays annexé et notre Cour

(1) Cass. Civ. 31 janv. 1899 (Rec. lég. col. 1899, II, p. 70).

(2) Cass. Civ. 30 décembre 1896 (Rec. lég. col. 1898, II, p. 12).

(3) Voir ci-dessus 1^{re} partie, ch. I, sect. 2, § 4.

Suprême l'a implicitement reconnu pour la réintégration de l'Alsace-Lorraine en ouvrant ses portes aux conflits de compétence entre la législation locale et la loi française (Cass. Req., 14 mai 1923. Gaz. Pal. du 28 juin 1923), en cela elle n'a fait d'ailleurs que se conformer au prescrit du décret du 16 novembre 1918 et à l'art. 3 de la loi du 17 octobre 1919.

Telle est la jurisprudence de notre Cour Suprême quant à la non-application par les juges du fond de la loi étrangère, de la loi indigène ou de la loi locale d'un pays annexé. Elle est certes bien loin encore de « la doctrine française de droit international » que les auteurs souhaitent avec tant d'ardeur voir jaillir des décisions de la Cour, et l'impression générale que laisse l'étude de sa jurisprudence ne permet pas encore d'affirmer qu'elle se soit départie entièrement de ses anciennes appréhensions à l'égard de toute autre loi que la loi nationale, préférant le plus souvent écarter de sa barre les pourvois fondés sur la non-application de ces lois. Pour la Cour de Cassation, le refus d'application de la loi étrangère par les juges du fond ne constitue pas nécessairement une entrave au principe de l'unité d'interprétation de la loi française par nos tribunaux, unité que le législateur de 1790 a confiée à sa vigilance, car, n'ayant pas encore abandonné l'idée que la loi d'un autre pays, simple fait, n'est pas sur notre territoire assimilable à une loi, elle n'a pas aperçu que tout cas de non-application de la loi étrangère, en tant qu'élément incorporé de notre propre loi, implique

une violation de la loi française. L'étude d'une espèce isolée (1) nous a montré que la Cour avait entre les mains le moyen de casser tous les arrêts qui, se refusant à faire application de la loi compétente, violaient notre loi en l'appliquant à une hypothèse pour laquelle elle n'était pas faite. Il est bien certain, en effet, que si les juges du fait s'avisaient d'appliquer la loi étrangère à une espèce qui, d'après les principes de droit reçus chez nous, doit être régie par la loi française, elle casserait leur décision pour non-application de la loi française à un cas compris dans son domaine; c'est bien d'ailleurs ce qu'elle a fait dans sa consécration de la théorie du renvoi en croyant faire bonne sanction de la non-application de la loi française (2).

Dès lors, pourquoi ne pas admettre également la cassation dans les cas où la violation de la loi française n'est pas moindre du fait de son application à une hypothèse qu'elle n'a bien certainement pas prévu. « Restreindre arbitrairement son empire ou l'étendre arbitrairement, c'est également la violer » (3). La Cour Suprême n'a malheureusement pas suivi la voie qu'elle s'était si bien tracée en 1899 et c'est pour avoir attaché une importance excessive à des distinctions d'espèces, à quelques égards même entièrement arbitraires, qu'elle n'a pas réussi à asseoir sa jurisprudence sur une base fixe et solide.

(1) Cass. Civ. 17 janvier 1899 (S. 1899, I, p. 177).

(2) Cass. Civ. 24 juin 1878 (S. 1878, I, p. 429). Cass. Req. 1^{er} mars 1910. CLUNET 1910, p. 888 et la note de M. Perroud.

(3) PILLET, Principes n° 31, p. 87.

§ 2. — SANCTION EN CAS DE VIOLATION OU DE FAUSSE
APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE

Le juge français s'est bien reporté à la loi étrangère dans les cas où la loi nationale, les traités conclus par notre pays, voire même quelquefois les principes de droit international privé qu'elle admet, lui en font un devoir ; mais, par erreur ou par ignorance, il l'a faussement appliquée et lui a donné une interprétation inexacte. Le pourvoi en Cassation dirigé de ce chef contre sa décision sera-t-il recevable ?

Sur ce point, notre Cour suprême, subissant incontestablement les influences de la doctrine, a eu une jurisprudence des plus changeantes qu'il est bien impossible de saisir et de comprendre si l'on n'étudie pas séparément les différentes phases successives par lesquelles elle est passée.

Autant qu'on peut en juger par les trop rares témoignages qui nous sont restés de la jurisprudence de la première moitié du siècle dernier, il semble que durant cette période la Cour de Cassation ait confondu les deux questions qu'elle distingue aujourd'hui : refus d'application de la loi étrangère, interprétation vicieuse de son texte. Un arrêt de la Chambre civile en date du 1^{er} février 1813 (S. 1813, I, p. 113) avait cassé un arrêt de Cour d'Appel « pour avoir erré dans l'interprétation et l'application des lois du royaume d'Italie, et commis une contravention expresse aux lois de l'Empire qui obligeaient les tribunaux français à faire, lorsqu'il y a lieu, une juste application des lois étrangères ».

La Cour se reconnaissait indistinctement le droit de casser, dans l'une et dans l'autre hypothèse, toutes les fois qu'il y avait obligation pour nos tribunaux, de par un texte exprès de notre législation, de faire application de la loi étrangère ; et elle ne cassait leurs décisions que pour violation d'un texte de notre législation, la loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 (art. 3) ayant institué « le Tribunal de Cassation pour annuler tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ».

C'est sur ces données que le système de la Cour de Cassation se traduisit par cette vieille formule que l'on retrouve dans presque tous les arrêts de cette époque avec quelques variantes seulement : « Pour que l'erreur de droit sur une législation étrangère donne ouverture à cassation, il faut qu'elle soit devenue le principe et la source d'une contravention aux lois françaises » (1). Qu'entendait la Cour par contravention aux lois françaises ? La formule était certes un peu vague, et cependant en parlant d'erreur de droit sur la législation en vigueur dans un pays étranger, il est hors de doute qu'elle y englobait la fausse interprétation des dispositions de cette loi.

Ce n'est pas cependant ce que décida la Chambre des Requêtes le 15 avril 1861 en déclarant nettement qu'il n'y avait pas contravention aux lois françaises du fait de la fausse interprétation de la loi étrangère (en l'espèce la loi hessoise) par les juges du fond, qui,

(1) Req. 28 avril 1836 (S. 1836, I, 749) ; Req. 9 novembre 1846, S. 1847, I, p. 55.

selon les prescriptions de l'article 47 du Code civil, avaient déclaré valable par application de cette loi un mariage contracté en Hesse dans les formes locales (S. 1861, I, p. 721). L'erreur des juges du fond, quant aux exigences de la législation étrangère, échappe pour notre Cour suprême à son contrôle régulateur; elle n'a pas pour mission, dit-elle, de veiller à l'application rigoureusement exacte de législations peut-être lointaines et mal connues et de les défendre contre une interprétation abusive; elle n'est pas « le vengeur de la loi étrangère », n'ayant été instituée que pour maintenir l'unité de la jurisprudence dans l'application de la loi française.

Quelques auteurs en doctrine relevant les décisions de la Cour suprême ont opiné dans son sens et, approuvant son abstention quant à l'interprétation des lois étrangères, font remarquer « qu'il pourrait y avoir quelque chose de choquant à voir se fixer en France, par l'autorité de la Cour suprême, une interprétation contraire à celle qui serait consacrée dans le pays national (1) ».

Cette argumentation nous sera des plus facile à réfuter; disons tout de suite que la Cour suprême ne devait pas persister bien longtemps dans cette voie; avec ses arrêts de 1868, 1872 (2) et surtout celui du

(1) BROCHER. *Cour de droit international privé*, I, p. 155; FOELIX. *Traité*, I, p. 34, note 1; LAURENT. *Droit civil international*, II, n° 273 et s., p. 501; ASSER et RIVIER, p. 37; COLMET, DAAGE et GLASSON. *Cours de procédure civile*, II, p. 154; DESPAGNET, n° 25, p. 31.

(2) Cass. 25 mai 1868 (S. 1868, I, p. 365); 9 novembre 1868 (S. 1869, I, p. 122); 4 juin 1872 (S. 1872, I, p. 160); 12 novembre 1872 (S. 1873, I, p. 17).

18 juillet 1876, elle entrait dans une nouvelle phase de sa jurisprudence, prenant le contrepied très net de ses décisions précédentes. La Cour se considérait ainsi comme autorisée à rechercher le sens de la loi étrangère et à vérifier si elle avait été bien interprétée dans tous les cas où un texte formel de la loi française en prescrivait l'application ; et dans ses conclusions devant la Chambre des Requêtes, le 23 février 1874 (rapportées sous l'arrêt S. 1874, I, p. 145), M. l'avocat général Reverchon résumait d'une façon particulièrement nette la thèse consacrée par la Cour, en une formule qui à cette époque a fait fortune : l'article 47 du Code civil, en renvoyant à la *lex loci actus*, « introduit en quelque sorte cette loi dans la loi française ».

Dès lors, le principe étant admis, la Cour suprême n'avait plus qu'à ouvrir toutes grandes ses portes aux lois étrangères, non seulement lorsqu'un texte formel de notre législation en prescrivait l'application, mais encore lorsque cette application résultait implicitement d'un article de nos codes. C'est ce que la Chambre civile n'hésita pas à faire dans son arrêt du 18 juillet 1876 (D. P. 1876, I, 497), dans une espèce où la Cour d'Aix avait interprété la nature juridique d'une concession accordée par le bey de Tunis. Assimilant le décret de concession à une loi, la Cour cassa pour erreur d'interprétation, parce que la concession avait fait l'objet d'un apport en société, alors que ce décret, mieux interprété, n'eût pas dû permettre de le faire sans violer du même coup l'article 1883 du Code civil qui exige, pour la constitution des sociétés, un apport licite.

Mais hâtons-nous d'ajouter que cette décision représente le summum atteint par la Cour suprême dans sa jurisprudence tendant à sanctionner la mauvaise interprétation d'une loi étrangère. La Chambre des Requêtes admet bien encore le pourvoi formé pour mauvaise interprétation d'une loi étrangère, lorsqu'elle se trouve en présence d'un renvoi exprès d'un de nos textes à cette législation (1); mais elle refuse, par contre, énergiquement, tout contrôle lorsque l'application de cette loi ne découle plus que de la volonté tacite ou présumée du législateur français (2). La Cour suprême, dans cette jurisprudence, a été poussée bien certainement par les auteurs qui, en critiquant le système consacré par elle, souhaitaient ardemment la voir étendre son contrôle à toute décision des juges du fond, faisant fausse application au mauvaise interprétation d'un texte étranger. On ne peut certes nier l'influence de cette doctrine sur les arrêts que nous venons de relever. Cependant, en 1890, un article de M. A. Colin (CLUNET 1890, p. 406 et 794), remarquable tant par la vigueur de ses critiques que par la précision et la netteté séduisante de son argumentation, produisit sur la jurisprudence de notre Cour suprême un effet bien inattendu.

(1) C'est ainsi que le 12 février 1879 (S. 1879, I, p. 121) elle a encore admis la cassation pour violation de la loi anglaise applicable à un testament en vertu de l'article 999, C. civ.

(2) Cass. Req. 29 avril 1885 (S. 1886, I, p. 118), 23 novembre 1892 (D. P. 1893, I, p. 201). Il est assez curieux de remarquer que dans cette dernière espèce la Cour suprême s'est refusé de casser l'arrêt de la Cour de Nancy (aff. Berger-Levrault) pour violation de la loi allemande sur les droits d'auteurs, en déclarant que l'on ne peut exciper de la mauvaise interprétation d'une loi étrangère pour la première fois en Cassation (motifs de l'arrêt).

M. Colin reprochait à la Cour de Cassation d'être illogique dans son système qui se heurtait, dit-il, à l'équité et à la raison. La Cour sanctionnait la non-application de la loi étrangère commandée par un texte formel et même par une règle de droit international, pourquoi dès lors repousser les pourvois fondés sur la fausse application de cette loi dans les mêmes cas. « Il est clair, disait M. Colin, que violer une loi ou ne pas l'appliquer c'est en bon sens absolument la même chose. Et lorsque la loi française ordonne au juge d'appliquer la loi anglaise ou la loi allemande, ce juge ne peut être réputé avoir obéi, après que, se référant en apparence seulement à ces législations, il aura adopté des solutions diamétralement opposées à celles qu'elles consacrent en réalité (1). »

Ce raisonnement qui conduisait nécessairement à la cassation dans tous les cas de non-application ou de fausse interprétation de la loi compétente d'un pays étranger, était certes lumineux par sa simplicité pleine de logique.

Il attira à lui la majorité des auteurs que sa démonstration avait conquis (2). Mais, par contre, il n'avait que trop bien éclairé la Cour suprême sur les conséquences de la distinction fort spécieuse qu'elle faisait entre l'application et la violation de la loi étrangère d'une part, et, d'autre part, entre les cas où la bonne application de cette loi est commandée par un texte

(1) Colin, *op. préc.*, p. 796.

(2) Notamment FERAUD-GIRAUD, *Revue de droit international privé* 1892, p. 233 ; PILLET, note au Sirey 1893, IV, p. 9 et Sirey 1895, I. p. 449 ; Pierre BINET, au Dalloz 1906, I. p. 305.

formel de notre loi et ceux où elle découle simplement d'une règle ou d'un principe de droit international privé. C'est en voulant attaquer la jurisprudence dans ses derniers retranchements, dans la dernière position prise par elle pour se refuser à contrôler les décisions des juges du fond, faisant mauvaise application de la loi étrangère, contrairement à la volonté implicite ou simplement présumée de notre législateur, que la doctrine a déterminé la Cour suprême à revenir à sa jurisprudence de 1861 plutôt que d'enlever tout pouvoir souverain aux juges du fond, en étendant son contrôle à toutes les décisions des Cours d'appel sur cette question.

La première décision marquant bien l'attitude rétrograde de la Cour suprême remonte au 20 janvier 1896 (S. 1897, I, p. 33); la Cour s'est refusé à contrôler la bonne application des lois et coutumes de Tahiti, alors que l'application en était commandée par l'ordonnance du 28 avril 1843 et le décret du 14 janvier 1860. M. Appert, qui commente cet arrêt, estime qu'il est difficile à concilier avec la jurisprudence précédente, et il rappelle les termes de la constatation que M. Pillet faisait déjà sous Cassation 2 août 1893 (S. 1895, I, p. 449) en voyant la Cour repousser l'interprétation donnée par des autorités ottomanes de leur propre législation dont l'application était pourtant commandée implicitement par l'article 19 C. civ. « Nous ne prétendons pas, disait-il, que la Cour abandonne son ancien principe, tendant à déclarer souveraine l'appréciation des juges du fond en la matière, mais au moins nous semble-t-il plus important aujourd'hui que jamais

qu'elle ne renonce pas à la sage restriction par laquelle elle en a, dès l'origine, tempéré l'effet. » M. Pillet visait dans cette heureuse restriction la distinction que la Cour faisait pour accueillir les pourvois fondés sur la mauvaise interprétation de la loi étrangère dans les cas où l'application en était commandée par une disposition expresse de notre législation.

Les craintes et les appréhensions de M. Pillet n'étaient malheureusement que trop fondées, car il est manifeste que dès 1897 la Cour suprême, abandonnant en principe au pouvoir souverain des Cours d'appel l'interprétation de toute autre loi que la *lex fori*, semble avoir écarté systématiquement de sa barre, sans distinction, toute question de ce genre (1). C'est donc par erreur que M. Darras, qui ne s'était sans doute pas encore aperçu de ce revirement, écrivait en 1901 : « L'interprétation des lois étrangères échappe en principe au contrôle de la Cour de Cassation, sauf certaines exceptions dont la jurisprudence augmente chaque jour le nombre et l'importance. » CLUNET 1901, p. 446, note 2) ; sa méprise était d'autant plus excusable, que ce changement de jurisprudence était tout récent pour lui et que la Cour, pour sanctionner la non-application de la loi étrangère, n'avait pas encore modifié les termes de sa vieille formule qui conduisait à penser qu'elle persistait dans sa jurisprudence quant à la bonne interprétation de cette loi. Ce n'était qu'une apparence trompeuse que les arrêts ultérieurs, en abandonnant cette ancienne formule, ont définitivement effacée.

(1) Nous verrons toutefois ci-après qu'elle a fait exception en matière fiscale ou lorsqu'il s'agit de la loi d'un pays annexé.

Le 2 août 1897 et le 18 juillet 1904, la Chambre des requêtes rejetait le pourvoi fondé sur la fausse interprétation de la loi étrangère, dont l'application était commandée par l'article 999 du Code civil (Cass. req. 2 août 1897, S. 1900, I, 283; Cass. req., 18 juillet 1904; *Revue de droit international privé* 1906, p. 545). Et les 15 juin 1899 et 22 juin 1901, la Chambre criminelle consacrait, elle aussi, cette jurisprudence alors que l'application de la loi compétente résultait, dans la première espèce, de la convention de Berne (Cass. crim., 15 juin 1899, S. 1901, I, p. 303), et dans la seconde également d'un commandement exprès de notre législateur (article 5, C. instr. crim.) (Cass. crim. 22 juin 1901, CLUNET 1901, p. 979). Enfin, le 2 juin 1908 la Chambre civile, à son tour, se mettait à l'unisson en confirmant la jurisprudence des deux autres Chambres dans une espèce où le pourvoi se fondait encore sur la violation de l'article 999 C. civ. (Cass. civ., 2 juin 1908, *Revue de droit international privé* 1909, p. 247) (1).

Dans les nombreuses décisions ultérieures la Cour ne s'est pas déjugée et n'a fait qu'affirmer sa jurisprudence en ne cessant de répéter que l'appréciation des juges du fond échappait sur ce point à son contrôle : Cass. civ., 9 avril 1910 (*Gaz. Pal.* 1910, I, p. 516) (2);

(1) Précédemment déjà, dans une espèce où il s'agissait de l'interprétation de la loi régissant l'état et la capacité des parties relativement à une instance en divorce, la Chambre civile avait proclamé que les déclarations des juges du fond relatives tant à l'interprétation d'une loi étrangère qu'à la recherche de l'intention des parties, sont souveraines (Cass. civ., 30 octobre 1905, D. P. 1906, p. 305.)

(2) Cet arrêt déclare que la décision des juges du fond qui, par interprétation de la loi ottomane, déciderait qu'une femme française n'a pas perdu sa nationalité d'origine par son mariage avec un sujet

Cass. civ., 7 février 1912 (S. 1914, p. 305), et la note de M. Hugueney sous cet arrêt (1); Cass., 27 avril 1912 (*Gaz. Pal.* 1912, II, p. 287); Cass. req. 18 novembre 1912 (*Revue de droit international privé*, 1913, p. 482) (2); Cass. civ., 30 décembre 1912 (D. P. 1914, I, p. 491); Cass. 15 juillet 1913 (*Gaz. Pal.* 1913, II, p. 313); Cass. req. 26 décembre 1917 (*Gaz. Pal.* 1918, 19, I, p. 72); Cass., 6 juillet 1915 et 12 novembre 1918 (S. 1920, I, p. 29.)

Les conflits auxquels donnèrent lieu la guerre et surtout l'après guerre, notamment quant aux questions de nationalité soulevées entre les ressortissants des nombreuses puissances belligérantes se trouvant sur notre sol, ont permis à maintes reprises à la Cour suprême de rappeler qu'elle n'avait nullement abandonné sa jurisprudence; et le laconisme de ses arrêts, dans lesquels elle se contente d'affirmer, comme une vérité admise, que l'interprétation des juges du fond est souveraine sur ce point, démontre qu'elle considère main-

ottoman, ne saurait tomber sous la censure de la Cour de Cassation. « On soutiendrait vainement, dit la Cour suprême, que cette interprétation aurait pour résultat une violation de la loi française et donnerait, par suite, ouverture à cassation, puisque l'arrêt en concluant, de l'application de la loi étrangère, que cette femme est restée Française, déduit exactement de son interprétation la conséquence juridique édictée par l'article 19 C. civ. »

(1) La Cour suprême a reproché aux juges d'appel d'avoir violé la loi anglaise en considérant un legs comme une « charity », contrairement à la conception anglaise de la « charity ». Mais la Cour ne s'est pas prononcée sur cette difficulté de droit anglais, au moyen de cette formule tant de fois répétée et d'une si grande commodité « que la loi étrangère ne peut par elle seule donner ouverture à cassation ».

(2) La Cour se refuse à casser pour fausse application de l'article 170 de la loi d'introduction au nouveau Code civil allemand, aux termes duquel « les lois antérieures continuent à s'appliquer aux rapports obligatoires nés avant la mise en vigueur du Code civil » spécialement quant aux effets de la novation libératoire.

tenant sa jurisprudence comme définitivement assise sur ce point. C'est ainsi que dans un arrêt du 19 mars 1918 (CLUNET 1918, p. 707), la Cour de Cassation déclare souveraine l'appréciation faite par les juges du fond de documents officiels produits par l'étranger désirant établir sa nationalité d'origine ; leur décision à cet égard, dit la Cour, fût-elle même considérée comme une violation de la loi ou de règlements légaux étrangers, ne saurait donner ouverture à cassation. Décidé dans le même sens qu'il appartient aux juges d'appel d'apprécier souverainement la loi autrichienne fixant la nationalité d'un individu se prétendant Roumain ; vainement prétendrait-il que cette interprétation donnée en vue de l'application de la loi du 18 juin 1917, concernant le retrait de naturalisation et lui faisant encourir par suite la déchéance de la nationalité française, aurait pour conséquence la violation de la loi française (Cass. civ. 10 février 1920, *Gaz. Pal.* 1920, I, p. 345). De même encore la Chambre des requêtes, le 21 juin 1922, s'est refusé à contrôler l'interprétation qui avait été faite par la Cour de Paris de la loi allemande du 22 juillet 1913 (loi Delbrück), conférant aux fils d'Allemands, outre la nationalité de leur père, celle du pays où ils sont nés (Cass. req. 21 juin 1922, *Gaz. Pal.* 1922, II, p. 292). Enfin, dans ses arrêts des 29 novembre et 3 décembre 1922, la Cour continue à affirmer que l'interprétation de la loi étrangère et des documents de la cause ne saurait constituer qu'une appréciation échappant au contrôle de la Cour de Cassation (Cass., 29 novembre 1922, CLUNET 1923, p. 548 ; Req. 3 décembre 1922, *Revue de droit international privé* 1922-1923, p. 494).

La jurisprudence de notre Cour suprême est donc des plus simples; elle écarte par principe toute question d'interprétation concernant la loi en vigueur dans un autre pays, considérant qu'il n'est pas de son rôle d'assurer une exacte interprétation et une application conforme des lois étrangères qui, à son avis, ne sont nullement assimilables aux lois françaises.

Deux exceptions semblent toutefois avoir été admises par elle; il ne faudrait pas y voir les derniers vestiges de sa jurisprudence passée. Seule, leur nécessité pratique et peut-être logique les explique.

Elles ont trait cependant à des matières entièrement différentes l'une de l'autre, et n'ont bien certainement aucun rapport entre elles. Dans l'une, la Cour étend son pouvoir de contrôle à l'interprétation de toute loi compétente touchant une question fiscale. Dans l'autre, elle a une tendance à assimiler les lois indigènes de nos colonies à la loi française dont la violation doit être redressée par elle.

Deux décisions relativement récentes font ressortir d'une façon particulièrement nette la jurisprudence de la Cour quant à la bonne interprétation de la loi étrangère en vue de l'application d'une disposition fiscale de notre loi. Nous avons vu déjà qu'en matière d'enregistrement l'application de la loi d'un autre pays se trouvait quelquefois ordonnée par un texte formel de notre loi, l'article 58 de la loi fiscale du 28 avril 1816, qui renvoie expressément aux dispositions fiscales étrangères, pour savoir si un acte passé à l'étranger n'a déjà pas acquitté dans ce pays les droits dont on veut le frapper en France. La décision du juge du fond qui se

refuserait à se référer, dans ce cas, à la loi étrangère, serait bien certainement cassée pour non-application de cette loi, contrairement à la volonté formelle du législateur français ; mais en cas de mauvaise interprétation du texte étranger, la Cour va-t-elle déclarer, comme elle l'a fait dans les autres cas de renvoi exprès de notre loi à la loi compétente, qu'elle « n'a pas pour mission de redresser la fausse application des législations étrangères ? »

Un arrêt du 29 juillet 1912 (S. 1914, I, p. 473), puis un second de la Chambre civile du 22 octobre 1913 (D. P. 1921, I, p. 219) déclarent « qu'en matière d'enregistrement l'interprétation, par les juges du fond, d'une loi étrangère, faite en vue d'une disposition fiscale, n'échappe pas au contrôle de la Cour de Cassation ».

On ne pouvait, certes, s'attendre à une telle décision en présence des affirmations constantes de la Cour suprême dans les autres espèces relatives à l'interprétation des lois étrangères. En cela, cependant, elle n'a fait que consacrer une fois de plus son ancienne jurisprudence d'après laquelle, si, en général, l'appréciation des faits est confiée aux juges du fond qui sont souverains à cet égard, la Cour de Cassation se considère comme autorisée à reviser cette appréciation en matière fiscale (1). Et la Cour, pour justifier son droit de reviser les appréciations des juges du fait en la matière,

(1) Cass., 24 décembre 1894 (S. 1895, I, p. 365, et la note) ; 20 juillet 1896 (S. 1897, I, p. 149) ; voir également la note sous Cassation 3 août 1908 (S. 1911, I, p. 477) *Adde* FAYE, la Cour de Cassation, n° 183 bis.

disait que l'erreur du juge sur le fait provoque la perception d'un droit non dû ou empêche la perception d'un droit dû et, par suite, implique violation d'une loi fiscale, et se confond avec l'erreur de droit. Si cette considération est juste, ajoute M. Wahl (1), elle s'applique exactement dans les mêmes termes à la violation d'une loi étrangère. Quand le fisc, en effet, invoque la loi d'un autre pays pour établir que les conditions d'exigibilité d'une taxe se rencontrent, quand cette exigibilité suppose essentiellement l'exactitude de l'interprétation du fisc, celui-ci, à supposer qu'il ait mal interprété cette loi, a réclamé un impôt qui n'était pas dû et, par suite, a violé la loi française. Seule l'erreur de droit justifie donc en la matière la jurisprudence de la Cour suprême.

Il est assez curieux, cependant, de remarquer que dans sa dernière décision (Cass. civ. 22 octobre 1913, précité) sur cette question, la Cour, tout en reconnaissant en principe que son contrôle s'étend à l'interprétation des juges du fond en cette matière, rejette toutefois le pourvoi motif pris de ce que les demandeurs en cassation n'ont nullement prouvé l'inexactitude de l'appréciation des premiers juges sur ce point.

La Cour déclare, dans cette espèce, que le jugement du Tribunal de la Seine — frappé de pourvoi — en définissant selon la loi autrichienne le caractère de la décision du Tribunal des tutelles de Wieden mentionné dans un acte public français, n'échappe pas au contrôle de la Cour de Cassation, mais que les demandeurs au

(1) WALH. Traité de droit fiscal, II, p. 855 et note au Sirey, 1914, I, p. 473.

pourvoi n'ont nullement démontré que l'assimilation établie par les juges du fond entre la décision du tribunal tutélaire et les jugements d'homologation imposés par l'article 981 de notre Code de procédure civile, soit inexacte, ni qu'elle ait pour conséquence une violation de la loi française; qu'à bon droit le jugement attaqué a décidé que la taxe de 0,25 % qui, en vertu de l'article 16 de la loi fiscale du 26 janvier 1892, frappe tous les jugements d'homologation pure et simple, était due sur la décision du Tribunal impérial de Wieden à raison de l'usage qui en avait été fait en France. On voit donc que la Cour, malgré les principes consacrés par sa jurisprudence, s'abstient le plus souvent possible de casser des décisions judiciaires sur ce point; sans refuser son contrôle sur l'appréciation des juges du fond, elle adopte purement et simplement leur interprétation.

*
* *

La même attitude a été prise par notre Cour suprême en présence d'une loi indigène. En principe, la loi indigène est considérée, de même que la loi étrangère, comme un simple fait constaté souverainement par les juges du fond, et l'application raisonnée qui est en faite par eux échappe au contrôle de la Cour de Cassation (1). Il en est toutefois autrement lorsque la loi indigène a été

(1) Cass. Req. 5 juillet 1899 (D. P. 1902, I, p. 193 et la note de M. Levillain); Cass., 18 mars 1907; (S 1907, I, p. 344); Cass. 7 décembre 1915 (S. 1915, I, p. 111); 14 janvier 1919 (Rec. de lég. et juris. colon. 1919, p. 97).

promulguée par le législateur français. C'est le cas particulier de l'Indo-Chine pour le précis de législation annamite annexé au décret du 3 octobre 1883, qui a donné lieu déjà à de nombreux pourvois formés contre les décisions de la Cour d'Appel d'Indo-Chine. Cependant, il ne faut pas se méprendre sur la portée de ce précis qui est loin de constituer un code complet du droit annamite ; il n'englobe pas l'ensemble, la totalité de la législation en vigueur en Indo-Chine, si bien que lorsqu'il s'agit d'une matière qu'il n'a pas traitée, le juge en recherche les règles juridiques dans la coutume, les écrits législatifs ou la pratique locale ; c'est alors par la détermination qu'il en fait, qu'il exerce son pouvoir souverain.

Telles sont en matière indigène les règles consacrées par la jurisprudence de notre Cour suprême ; c'est ainsi, par exemple, qu'elle reconnaît à la Cour d'Hanoï tout pouvoir souverain pour interpréter la loi annamite non rédigée et promulguée par le législateur français (Cass. req., 27 mars 1922, *Gaz. Pal.* 1922, II, p. 60) et qu'elle se refuse à exercer son contrôle sur l'interprétation donnée par la Cour de Pondichéry aux coutumes successorales applicables aux indigènes dans les établissements français de l'Inde (Cass. civ., 2 mai 1922, *Gaz. Pal.* 1922, II, p. 231). Par contre, encourt la cassation l'arrêt qui statue contrairement à une disposition édictée par le législateur français et promulguée dans nos colonies ; la loi indigène codifiée par les soins du législateur français est assimilée, en quelque sorte, à la loi française, et c'est ce qui explique pourquoi quelques décisions ont été cassées pour violation

de cette loi (1). Un arrêt du 28 décembre 1915 (*Gaz. Pal.* 1914-1915, p. 450) est assez édifiant sur ce point; la Cour exerce d'une part son contrôle sur l'interprétation donnée par les juges du fond des dispositions édictées par le législateur français, et promulguées aux colonies (titre X et XI du Précis de droit annamite sur la majorité et la tutelle) et, d'autre part, déclare qu'en prononçant la contrainte par corps entre indigènes, la Cour d'Appel d'Indo-Chine a statué en vertu des règles du droit annamite et que, par suite, elle n'était pas obligée de citer les textes qui justifiaient cette mesure puisque, dit-elle, « la violation de ces textes ne pourrait donner ouverture à cassation ».

Il en est de même dans les pays de protectorat: les décrets du Bey de Tunis, qui ont été visés et approuvés par le Président de la République Française, sont des lois obligatoires pour les Français et les protégés français résidant dans la Régence; étant dès lors des lois nationales, les décisions qui les violent ou les interprètent faussement sont sujettes à cassation. C'est le cas des décrets beylicaux des 21 octobre 1885 et 8 février 1897 approuvés et promulgués par le Résident (Cass. civ. 23 juillet 1901, S. 1906, I, p. 482 deuxième espèce); par contre, ceux des 19 mars 1874 et 25 mai 1876, non visés pour exécution et promulgation par le Résident général, ont conservé les caractères d'une loi étrangère, et l'erreur par suite de laquelle le juge du fond en aurait méconnu le sens et la portée ne peut

(1) Cass. 30 juillet 1906 (*CLUNET* 1907, p. 403); Cass. 4 décembre 1911 (*Rec. lég. et jurispr. col.* 1912, p. 104).

tomber sous le contrôle de la Cour suprême (Cass. civ., 23 juillet 1901, précité 1^{re} espèce (1)).

La jurisprudence de la Cour de Cassation est donc très nette : elle se refuse à étendre son droit de contrôle à la partie du droit local de nos colonies ou protectorats qui est coutumière ou qui n'a été consignée que dans des recueils de traditions qui n'ont ni la rigueur ni la précision d'un texte de loi.

Or, il est curieux de remarquer que lorsqu'il s'agit non plus des lois indigènes de nos colonies, mais de la loi nationale d'un pays incorporé au territoire français par l'effet d'une annexion, le Gouvernement français devenant en quelque sorte le successeur et l'héritier de l'Etat dont le pays est incorporé, la loi de ce pays antérieure à l'incorporation se trouve assimilée, sans distinction et sans hésitation, à la loi française (Cass. crim. 27 avril 1912, S. 1914, p. 171). La conciliation entre ces deux systèmes distincts adoptés par la jurisprudence suivant qu'elle se trouve en présence d'une loi indigène ou de la loi locale d'un pays annexé, peut paraître contradictoire à première vue. Elle est à chercher, dit M. Appert, dans la circonstance que les lois indigènes subsistent sur les territoires devenus colonies françaises moins avec le caractère d'acte législatif qu'avec la qualité d'usages ou de coutumes et que l'interprétation d'une coutume appartient souverainement aux juges du

(1) C.p.r. également Cass. civ. 31 octobre 1916 (D. P. 1916, I, p. 265). Cet arrêt casse une décision de la Cour de Rabat qui avait violé l'article 42 du dahir sur la procédure civile promulguée dans l'empire chérifien par décret du commissaire résidant général au Maroc du 30 août 1913.

fond. Au contraire, la loi étrangère conserve sur le territoire annexé à la métropole son caractère et sa nature de loi et par conséquent ne rentre pas sous l'application de la règle précédente.

Malgré la différenciation strictement juridique établie entre ces deux lois, il est à souhaiter que l'extension de notre domaine colonial, qui rend la pratique de la loi locale de nos colonies plus fréquente et plus importante, provoque une évolution de la jurisprudence dans un sens plus large. On ne peut certes songer à étendre le contrôle de la Cour suprême à la partie de la loi indigène qui reste coutumière; mais pourquoi refuser ce contrôle toutes les fois qu'il existe un texte ayant force de loi dans le pays vis-à-vis des indigènes ou protégés français?

Les colonies françaises sont territoires français et les lois indigènes ne sont pas des lois étrangères. Il est à espérer qu'une bonne logique amènera notre Cour suprême à unifier sa jurisprudence sur ce point.

§ 3. — SOLUTIONS ADMISES PAR LES TRIBUNAUX DES AUTRES PAYS, QUANT A L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES.

Le système consacré par notre Cour suprême a généralement prévalu à l'étranger. Certes, il est difficile, presque impossible, d'affirmer la solution adoptée par chaque pays en cette matière, surtout pour ceux dont l'organisation judiciaire diffère totalement de la nôtre. Néanmoins, dans les pays où le législateur s'est inspiré de notre Code civil, où les lois et les principes admis ont quelques traits communs avec notre système légis-

latif, on peut dire que la plupart des juridictions suprêmes qui dans ces pays font l'office de Cour régulatrice, ont adopté le système jurisprudentiel de notre Cour de Cassation avec toutes ses conséquences.

Sans vouloir passer en revue les différents systèmes de droit international admis dans chaque pays, il est toutefois intéressant de remarquer que certaines législations ont été plus favorables que d'autres à l'introduction des dispositions de droit étranger sur leur territoire. Chaque État ayant sa conception propre des rapports internationaux et de l'étendue de sa souveraineté accueille avec plus ou moins de respect ou de déférence les lois émanant du souverain étranger ; l'application de ces lois sur son territoire est plus ou moins restreinte, suivant les vues qu'il a adoptées sur l'ordre public tel qu'il le conçoit. C'est ainsi, par exemple, que dans l'article 30 de la loi d'introduction du nouveau Code civil allemand, qui prescrit que l'application d'une loi étrangère est interdite « quand elle viole les bonnes mœurs ou qu'elle est en contradiction avec l'effet d'une loi allemande », l'intention du législateur allemand, telle que l'ont dégagée les cours et tribunaux par l'interprétation de ce texte, est bien certainement plus restrictive que celle qu'a eu en vue notre propre législateur dans la rédaction de l'article 6 C. civ. Le législateur allemand a pensé aux différents cas dans lesquels l'application d'une loi étrangère est en contradiction avec les idées dominant l'organisation économique, politique et sociale de la société allemande ; l'étendue de cette disposition est certes beaucoup plus considérable que la portée des prescriptions des autres codes

qui interdisent l'application d'une loi étrangère incompatible avec l'ordre public (1).

On voit donc que, partant de principes distincts, les différentes législations sont arrivées à des systèmes plus ou moins restrictifs quant à l'application des lois étrangères. Dans la majorité des cas, en effet, la loi étrangère a été vue plutôt d'un mauvais œil par le législateur et surtout par les tribunaux des pays qui ont une organisation judiciaire semblable à la nôtre ; ils ont en général fait bon marché des injonctions émanant d'un souverain étranger, se refusant à y voir de véritables lois et à les mettre sur le même pied que les dispositions de leur propre législation. Quelques rares juridictions étrangères, cependant plus soucieuses sans doute du respect des principes proclamés par la doctrine, ont eu des vues plus larges, mais leur système, qui est demeuré isolé, n'a pas été en général partagé par la jurisprudence des autres pays.

Le principe le plus généralement admis est celui qui consiste à dire que l'application de la loi étrangère étant une question de fait, l'interprétation des juges du fond est souveraine sur ce point et échappe, dans tous les cas, au contrôle de la juridiction suprême.

Allemagne. — C'est en Allemagne, dit M. de Bar (2), que semble avoir pris naissance cette idée de considérer la loi étrangère comme un simple fait ; c'est à la partie qui l'invoque à la prouver. Tels sont les principes qui

(1) De l'application du droit étranger d'après le Code civil allemand (Ludwig FULD, *Revue de droit international privé* 1907, p. 138 et s.).

(2) *Theorie und Praxis*, t. I, p. 132, note 2.

ressortaient des motifs d'un jugement du tribunal d'Empire du 14 février 1871 (1), qui déclarait formellement que la maxime *jura novit curia* ne pouvait être invoquée en matière de droit étranger.

Partant de cette idée, le tribunal d'Empire en est arrivé à adopter les mêmes principes que ceux consacrés par notre Cour suprême quant à la sanction de la fausse application de la loi étrangère : on ne peut se pourvoir devant le Reichsgericht pour mauvaise interprétation par les premiers juges d'une loi autre que la loi nationale. La jurisprudence allemande semble constante sur ce point. Reichsgericht de Leipzig, 26 septembre 1883 (CLUNET 1886, p. 606) ; Reichsgericht, 1^{er} mars 1901 (CLUNET 1903, p. 189) ; 8 novembre 1906 (CLUNET 1909, p. 212) ; 29 mai 1908 (S. 1909, IV, p. 23) (2) ; 29 décembre 1910 (*Revue de droit international privé* 1912, p. 138) ; 27 novembre 1911 (*Revue de droit international privé* 1912, p. 424). Oberlandgericht de Bavière, 2 novembre 1889 (CLUNET 1891, p. 250) (3).

Toutefois, si général que semble le principe, il reçoit cependant une exception en vertu de l'article 511 du Code de procédure civil allemand lorsqu'il s'agit d'une

(1) CLUNET 1872, p. 80.

(2) Il s'agissait, dans cette espèce, de la confiscation des biens des Chartreux en vertu de la loi française de séparation, dont l'appréciation échappait à l'examen du tribunal d'Empire.

(3) Il est à remarquer que de même que notre Cour suprême, le tribunal d'Empire sanctionne également l'application de la « théorie du renvoi ». Il partage donc entièrement les mêmes principes quant à l'autorité de la loi étrangère (Reichsgericht, 27 novembre 1911, S. 1912, IV, p. 30. C.p.r. cependant *contra*, Colmar, 14 juillet 1910, S. 1912, V, p. 15).

loi applicable à la fois dans le ressort du tribunal saisi et hors de ce ressort, ou même d'une loi étrangère, spécialement visée par l'ordonnance impériale du 28 septembre 1879, article 6. Reichsgericht, 30 septembre et 20 octobre 1892 (CLUNET 1893, p. 598 et 1228).

Mais cette exception en faveur d'une loi assimilable à une loi d'Empire, loin d'infirmer le principe, ne fait que le confirmer.

Autriche. — Les tribunaux autrichiens ont, de même, un pouvoir souverain d'appréciation quant à l'interprétation des lois étrangères applicables au litige dont ils sont saisis, et la Cour régulatrice n'a aucun contrôle sur leurs décisions de ce fait. Cour suprême de Vienne, 4 décembre 1906 (CLUNET 1908, p. 866).

Belgique. — La jurisprudence belge semble avoir suivi les mêmes vissitudes que celle de notre Cour Suprême. L'examen des arrêts de la Cour de Cassation belge nous permet en effet de relever les mêmes hésitations dans sa jurisprudence et quelquefois aussi des contradictions semblables à celles que nous avons observées en étudiant la jurisprudence française sur la question. La Belgique n'est donc pas sur ce point dans une condition différente de la nôtre. (LAURENT, Droit civil international, t. II, p. 500, n° 283.)

Ses anciens arrêts sont tout d'abord nettement affirmatifs; elle refuse tout contrôle de la bonne application de la loi étrangère alors bien même que l'application de cette loi soit commandée par la loi belge (Cass. belge, 25 février 1839, Pasicrisie 1839, I, p. 20; 11 mai 1855, Pas. 1855, I, p. 256; 9 mars 1882 (en matière de

mariage) Sir. 1883, IV., p. 17; 7 septembre 1883 (nationalité); Pas. 1883, I, 338; 12 avril 1888 (société); Pas. 1888, I, p. 136.)

Puis subissant sans doute l'influence de la doctrine et de la jurisprudence française de l'époque, la Cour de Cassation belge fait alors une distinction pour l'hypothèse où l'application de la loi étrangère résulte d'un texte de sa propre loi: « Attendu dit-elle, que la violation de la loi étrangère ne peut pas plus que celle d'une maxime juridique donner ouverture à cassation, sauf dans le cas où elle entraîne violation de la loi belge. » (Cass. belge, 4 juin 1891, S. 1893, IV, p. 9, et la note de M. Pillet.)

Toutefois, elle continue en principe à écarter de sa barre toute question de violation ou de fausse interprétation de la loi étrangère (Cass. belge, 22 septembre 1896 (nationalité), CLUNET 1897, p. 845; Cass. belge, 6 juin 1907, *Revue droit international privé* 1908, p. 294), déclarant que pareille intervention du juge suprême serait contraire à une règle fondamentale du droit public belge, celle de l'indépendance et de la souveraineté nationale.

Enfin dans un arrêt du 26 novembre 1908, la Cour affirme à nouveau « que la violation des règles non écrites de droit international privé ne peut donner matière à un recours en cassation que pour autant que ces règles soient admises par une disposition de la loi belge et que celle-ci soit visée au pourvoi » (Cass. belge, 25 novembre 1908, CLUNET 1909, p. 1178). Cette décision a été l'objet d'une note critique de la part de M. Perroud qui, s'inspirant des principes énoncés par

M. Pillet dans sa remarquable dissertation sous Cassation, 17 janvier 1899 (S. 1899, I, p. 177), fait observer qu'il est toujours possible de trouver un texte de loi positive qui vienne à l'appui d'une théorie de droit international. Mais la jurisprudence belge, pas plus que la jurisprudence française, n'est entrée dans cette voie que la doctrine lui avait si bien tracée, redoutant sans doute que ce système soit pour elle trop gros de conséquences, en ouvrant ses portes à tous les cas d'application de la loi étrangère.

Les mêmes principes sont encore admis dans d'autres pays.

Grèce. — Nous avons déjà vu que les tribunaux grecs considèrent la loi étrangère comme une simple question de fait soumise à la preuve de la part du plaideur qui l'invoque (Aréopage, 1^{re} Ch. 1909, n^o 19, CLUNET 1912, p. 1252). Aussi n'y a-t-il pas à s'étonner des motifs de leurs décisions : « Le renvoi ordonné par notre loi à la loi étrangère ne convertit pas celle-ci en loi nationale. Elle demeure étrangère » (Aréopage d'Athènes, 1897, n^o 36. CLUNET 1898, p. 966; 1907, 2^e Ch., n^o 171, *Revue droit international privé* 1910, p. 167). Il est assez curieux de remarquer que ces dernières décisions ont adopté le contre-pied parfait des affirmations de M. l'avocat général Reverchon, dans son réquisitoire sous Cass. 23 février 1874 (S. 1874, I. 145).

Pays-Bas. — Nombreuses sont les décisions qui déclarent non admissible le recours devant la Haute-Cour des Pays-Bas pour défaut d'application ou fausse

interprétation de la loi étrangère : Haute-Cour, 1^{er} février et 15 février 1895 (mat. crim.), CLUNET 1897 p. 205 ; 24 juin 1898, CLUNET 1902, p. 177 ; 2 février 1903 ; *Weckblad van het-Recht*, n° 7880 ; 24 juin 1904 ; *W. v. h. R.*, n° 8090.) Enfin, dans un arrêt du 26 septembre 1918 (CLUNET 1922, p. 1056), la Haute-Cour rejette le pourvoi qui, invoquant la Convention du 13 juin 1902 avec l'Allemagne, pour les conflits de lois en matière de mariage, prétendait que les lois d'Empire avaient été mal appliquées.

Suisse. — Si la preuve de la loi étrangère est une question de droit pour les tribunaux fédéraux et les oblige à appliquer d'office cette loi, qu'ils présument identique à la loi fédérale lorsque les parties ne la produisent pas en justice (Trib. féd., 18 février 1910. CLUNET 1912, p. 934 ; Trib. féd., 12 juillet 1922 ; CLUNET 1923, p. 170), la jurisprudence suisse se refuse à admettre la cassation pour violation de la loi étrangère (Trib. féd., 17 septembre 1892 ; CLUNET 1893, p. 247 ; 17 mars 1893, CLUNET 1893, p. 638). Toutefois un arrêt du 6 avril 1900 (CLUNET 1900, p. 843) révisé la décision entreprise, qui avait omis de tenir compte de la loi anglaise alors qu'elle se trouvait applicable en l'espèce.

Enfin, il faut encore citer dans le même sens :

Luxembourg : Cass. 12 juin 1888 (*Revue pratique de droit international* 1890-91, I, 82) ; *Roumanie* : Cass. roum. 19 avril 1893 (*Revue pratique de droit international* 1894, p. 90) ; *Chili* : Corte Suprema 13 avril 1907, CLUNET 1910, p. 650 ; *Cuba* : Trib. sup. de la Havane,

16 janvier 1908 (*Revue de droit international privé* 1911, p. 131) et 15 avril 1913 (CLUNET 1914, p. 253).

Le système contraire, c'est-à-dire la thèse de la doctrine, n'a guère triomphé qu'en Russie et partiellement en Italie.

Russie. — Dans deux décisions des 10 avril 1896 (CLUNET 1897, p. 206) et 5 mars 1904 (CLUNET 1910, p. 685), le Sénat dirigeant de Russie s'était reconnu le droit de réviser les fausses interprétations des lois étrangères données par les tribunaux inférieurs et notamment en matière d'application des lois françaises. Ces arrêts sont restés isolés et n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt purement historique.

Italie. — Plus imbuë sans doute des théories doctrinales, la jurisprudence italienne semble avoir accueilli la loi étrangère avec moins de défaveur que les tribunaux des pays voisins. Il est assez curieux, en effet, de remarquer dans la jurisprudence récente des juridictions supérieures, une tendance très nette à imposer l'application de la loi étrangère au juge. Et si elle reconnaît en général qu'il est de l'intérêt des parties de faciliter au juge la connaissance des lois des autres pays, en lui fournissant une aide efficace dans ses recherches, elle fait un devoir pour les tribunaux de chercher d'eux-mêmes à connaître les dispositions de la loi étrangère applicable au litige (Gênes, 3 novembre 1916, CLUNET 1918, p. 317) (Cass. Florence, 13 mai 1918, CLUNET 1919, p. 1136) ; en matière pénale, la Cour de Cassation de Rome a même jugé que « le juge italien a le devoir de

rechercher le contenu de la loi étrangère, si difficile fut-elle à déchiffrer » (en l'espèce, le Coran) (Cass. Rome, 5 novembre 1909, CLUNET 1911, p. 337.)

Enfin, dans une espèce célèbre (affaire Nobili contre Charles I^{er} d'Autriche); la Cour de Cassation de Rome a assimilé à la loi italienne les lois restées en vigueur dans les provinces de l'ancien royaume lombard vénitien réintégrées à l'Italie (Cass. Rome, 11 mars 1921, CLUNET 1921, p. 626). Partant de cette idée, on comprend dès lors que les tribunaux italiens aient des vues un peu plus larges que notre Cour suprême en la matière.

Toutefois, imbuë de l'idée que les cours suprêmes ont pour objet, avant tout, d'assurer le respect et l'observation des lois nationales par la cassation des décisions judiciaires qui les auraient violées, la jurisprudence italienne n'admet pas en principe le pourvoi en cassation pour fausse interprétation d'une loi étrangère (Cass. Turin, 28 avril 1893, CLUNET 1897, p. 1075). Mais il faut se hâter de dire que la cassation est ouverte toutes les fois qu'une disposition de la loi nationale prescrit l'application des lois étrangères. « Elles acquièrent dans ce cas une autorité égale aux lois du royaume et, dès lors, doivent, comme celles-ci, lorsqu'elles ont été violées par les juges, être soumises à tous les recours légaux établis par notre Code de procédure civile pour obtenir la réformation des sentences. » (Cass. Florence, 25 avril 1881, CLUNET 1883, p. 81.) Nombreux sont les cas où les codes italiens, dans leurs dispositions de droit international privé, commandent l'application aux étrangers de leurs lois nationales et leur donnent ainsi

sur leur propre territoire, l'autorité que leur concède le souverain italien.

C'est ainsi, en particulier, que l'article 941 (Code de procédure civile italien), en cas d'exéquatur, prescrit au juge de l'instance en délibération d'examiner si le jugement étranger a été rendu après assignation régulière des parties. Or, comment observer cette disposition de la loi italienne sans faire application des lois de procédure du pays dans lequel le jugement a été rendu, notamment de celles relatives aux assignations et aux défauts. Si donc le juge italien doit tenir compte de ces textes relatifs à la compétence et à la procédure, en les violant, il enfreint par là même les dispositions de la loi italienne qui en exige l'application et, par cette faute, justifie la recevabilité du recours en cassation. C'est ce qu'a jugé la Cour de Cassation de Naples dans une espèce où le juge italien avait fait une fausse application de l'article 73 du Code de procédure français en ne tenant pas compte de la modification apportée au texte original par la loi française du 3 mai 1863 (Cass. Naples, 26 janvier 1897, *CLUNET* 1899, p. 414) (C.p.r. Cass. Turin, 26 mars 1904, S. 1907, IV, p. 15).

Mais jusqu'alors aucune décision ne semble avoir étendu cette jurisprudence à des cas où l'application de la loi étrangère ne découlait que de la volonté présumée du législateur italien. Et pourtant, dès l'instant où elle admet la cassation pour violation de la loi compétente lorsque l'application de cette loi est commandée par la loi nationale, elle n'a qu'un pas à faire pour accueillir le pourvoi dans toutes les hypothèses où elle est applicable, puisque, en étendant l'application de la loi natio-

nale à ces cas pour lesquels elle n'est pas faite, la juridiction de jugement viole nécessairement le texte de cette loi. C'est ce que M. Pillet a essayé de faire entendre à la jurisprudence française. Mais notre Cour Suprême n'ayant nullement souci d'étendre son contrôle à toutes les espèces soumises aux lois étrangères, a préféré en laisser l'interprétation au pouvoir souverain des juges du fond.

OBSERVATIONS CRITIQUES
SUR LA
JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION
ET
CONCLUSION

L'étude de la jurisprudence de notre Cour Suprême nous a montré un système bien peu logique. Elle se reconnaît en principe le droit de casser lorsque les juges du fond ont appliqué la loi française alors que la loi étrangère était compétente; mais, en revanche, elle se refuse à réviser l'interprétation erronée qu'ils ont donnée au texte étranger dont ils ont fait application. Dans son dernier état, la jurisprudence de la Cour de Cassation semble bien établie dans ce sens. Elle sanctionne la non-application de la loi étrangère d'une façon constante lorsque cette application résulte d'un texte formel de notre législation, et en cela on ne peut que pleinement l'approuver, tout en regrettant cependant que sa doctrine de droit international privé ne soit pas encore suffisamment assise et que ses arrêts soient encore trop hésitants à faire respecter les principes de droit international qui en commandent l'application. Par contre, nous ne comprenons plus notre Cour Suprême lorsqu'elle abandonne aux pouvoirs souverains des juges du fond

toute question d'interprétation des lois en vigueur dans les différents pays. Y a-t-il véritablement une telle différenciation entre la non-application et la violation d'une loi étrangère, qui fasse que l'une tombe sous le coup du contrôle de notre Cour régulatrice, alors que l'autre ne rentre nullement dans le champ de ses attributions.

En vain soutiendrait-on que lorsque notre loi commande au juge l'application de la loi d'un autre pays, tout ce qu'elle exige de lui c'est qu'il fonde sa décision sur cette loi, et que, dès l'instant où il s'y est reporté il a déféré à la loi française quelle que soit l'interprétation qu'il leur en a faite. La vérité est que ne pas appliquer une loi ou mal l'appliquer sont une même chose, et qu'il y a bien certainement violation de la loi étrangère et de la loi française, que le juge ait fait une fausse interprétation de celle-ci ou se soit simplement refusé à la prendre en considération.

Dira-t-on par exemple, qu'il a appliqué la loi espagnole, s'il a soit-disant, au nom de cette dernière, déclaré majeur un Espagnol de vingt et un ans qui ne l'est en réalité qu'à vingt-trois, ou la loi italienne s'il a, par prétendue application de cette loi, admis la communauté comme régime matrimonial de droit commun alors que le régime légal est, en Italie, la séparation de biens? Evidemment non. Cette erreur d'application, un peu grossière peut-être dans les deux exemples que nous avons pris pour les besoins de la cause, mais qui, pour être moins flagrante, est aussi grave de conséquences pour les simples inexactitudes commises dans l'interprétation des textes

étrangers, ne consiste rien moins qu'à soumettre un litige à une règle qui n'est ni la loi française ni la loi étrangère compétente, et qui, par conséquent, n'est pas une loi. Et M. Pillet d'en conclure qu'une telle décision infectée de ce vice pourrait être cassée pour défaut de motifs (1).

La loi étrangère n'est donc réellement appliquée que lorsqu'elle est bien appliquée, et en saine logique on ne peut admettre le contrôle par la Cour de Cassation de l'application de la loi compétente, sans l'étendre nécessairement à l'exactitude de l'interprétation qui en a été faite par les juges du fond.

Tel est le système généralement soutenu en doctrine par la majorité des auteurs (2) et qui découle des principes rationnels que nous croyons avoir suffisamment exposés dans la première partie de ce travail.

La Cour Suprême avait d'ailleurs fort bien saisi toute la force de cette argumentation et frappée sans doute de la logique de ce raisonnement, avait implicitement consacré ce système dans ses arrêts de 1872-1874. Son retour à son ancienne jurisprudence ne s'explique que par la crainte de voir son contrôle s'étendre à toute application d'un texte étranger en France.

Nous connaissons déjà le premier argument sur lequel s'est appuyée la jurisprudence pour écarter

(1) PILLET, Principes, n° 30, p. 88.

(2) SURVILLE et ARTHUYS (3^e édit.) p. 45; Ambroise COLIN, Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère, CLUNET 1890, p. 406 et 794, WEISS, traité III, p. 177; FIORE, Le droit international privé (2^e édit.) trad. Antoine I, p. 281; PILLET, Principes, p. 86; Pierre BINET, Note au *Dalloz* 1906, II, p. 306 et 307.

le pourvoi en la matière; la loi étrangère, dit-elle, n'ayant pas été promulguée chez nous, n'est pas une véritable loi; son appréciation est une pure question de fait, qui échappe à son contrôle. (Voir conclusions de M. l'avocat général Hello, sous Cass., 6 février 1843, P. 1843, I; p. 288.) Nous avons vu la valeur qu'il fallait attacher à ce raisonnement qui se trouve singulièrement affaibli d'ailleurs par cette circonstance que, dans la plupart des cas soumis à la Cour Suprême, l'application de la loi compétente était commandée par une disposition expresse de notre loi et que, dans les autres, elle découlait de la volonté tacite ou présumée mais toutefois certaine de notre législateur. Et puis, en admettant même que la loi étrangère soit assimilée, bien à tort d'ailleurs, à un élément hétérogène, ce ne serait pas le seul que la Cour de Cassation élève au rang de loi; ne l'a-t-elle pas fait dans certaines matières civiles et surtout commerciales pour les usages et les conventions des parties? Ni usages, ni conventions des parties ne sont pourtant des lois au sens propre du mot, et cependant la Cour Suprême n'a jamais hésité à faire respecter, le cas échéant, cette délégation de l'autorité de la loi (1).

En matières d'usages notamment, la Cour s'est attribué le droit de contrôler les décisions des juridictions inférieures, non seulement lorsque l'usage mal interprété par elles est directement autorisé par la loi, mais aussi lorsqu'elle peut le considérer

(1) PILLET, Note sous Cass., 2 août 1893, S. 1895, I, p. 449 et suiv.

comme tacitement maintenu (1). Et pourtant l'usage possède à un plus haut degré que la loi étrangère, le caractère d'un fait; on comprend donc mal que la Cour de Cassation n'étende pas à celle-ci la compétence de juridiction qu'elle entend s'attribuer sur celui-là. Une seule raison peut l'expliquer, et elle n'a rien de juridique : c'est la tendance très nette et bien apparente qui pousse les juges à simplifier leur tâche; certains ne s'en sont d'ailleurs pas caché (2); Ils préfèrent leur loi nationale, qu'ils connaissent, à toute autre loi nécessitant des recherches souvent très longues, et sont plutôt portés à considérer comme bien jugée toute décision rendue en conformité des prescriptions de la loi française.

Au fond, l'idée qui domine l'ensemble des règles relatives à l'application de la loi étrangère dans notre jurisprudence, est que cette loi ne saurait bénéficier, comme telle, des garanties d'application qui ont été imaginées pour la loi française. La loi étrangère ne comporte ni la spontanéité de l'application par les juges du fond, ni la force obligatoire que l'article 4 du Code civil confère à la loi française; elle est traitée en inférieure pour les litiges qu'elle doit normalement régir. Ce sont là, peut-être, les derniers vestiges de la vieille doctrine d'après laquelle l'application de la loi étrangère en France y est concédée *ex comitate gentium* seulement. Nous avons vu que

(1) Voir les nombreuses espèces citées par M. le doyen Gény, dans sa « Méthode d'interprétation », p. 561 et suiv.

(2) Rapport de M. le conseiller Denis devant la Chambre des Requêtes, Cass. 1^{er} mars 1910 (*Revue de droit international privé* 1913, p. 8, sous note 3 *in fine*).

cette doctrine, qui a tenu dans l'histoire du droit international privé une si grande place, est tout à fait abandonnée aujourd'hui.

Les auteurs qui approuvent le système de la Cour Suprême quant à la violation de la loi étrangère n'admettent pas en général sa doctrine sur la nature de cette loi; ils reconnaissent que lorsqu'elle devient applicable en France, elle ne perd pas son caractère de loi, et ils lui laissent toute son autorité. Mais ils ajoutent : la loi étrangère, bien que loi, ne peut donner ouverture à cassation, parce que notre Cour Suprême, disent-ils, n'a pour mission que « de maintenir l'unité dans l'application des lois nationales ».

A vrai dire, c'est là la seule argumentation sérieuse qui ait été soutenue par les auteurs soucieux de défendre le système de notre jurisprudence (1).

Malgré tout le poids de cette doctrine des plus autorisée, cette objection ne nous semble nullement décisive, et bien qu'il soit peut-être vain d'essayer de combattre une jurisprudence aussi fermement établie que celle de notre Cour Suprême, nous tenons néanmoins à montrer que, se heurtant aux principes rationnels que nous avons scrupuleusement déduits au début de cette étude des travaux préparatoires de nos lois, elle est au surplus absolument inadmissible en saine logique.

(1) Voir notamment dans le sens de la jurisprudence. FOELIX, *Traité de droit international privé*, 4^e édit., t. I, p. 34; ASSER et RIVIER, p. 37; PRADIER et FODÉRÉ, *Traité*, III, n° 1611; LAURENT, *Droit civil international*, II, n° 273; BROCHER, *Cours*, I, n° 51; AUBRY et RAU, 5^e édit., I, p. 189, n° 6 *bis*; LYON-CAEN, note au Sirey 1881, I, p. 409; APPERT, note au Sirey 1900, I, p. 281, et *Revue de droit international privé* 1913, p. 338 et suiv.

Faisant appel à des témoignages purement historiques, ces auteurs, et notamment M. APPERT (Rôle de la Cour de Cassation dans l'application des lois étrangères, *Revue Droit international privé*, 1913, p. 338 et suiv.), prétendent que sous l'ancien régime aucun édit, aucune ordonnance royale déterminant les attributions du « Conseil du Roy » ne donne à penser que leurs auteurs aient jamais songé à lui confier le droit de contrôler l'interprétation des lois étrangères, et ils citent en particulier l'ordonnance de 1667, qui ne visait que « les textes royaux ». Mais ce n'est là qu'une affirmation purement gratuite, dont ils ont en tout cas certainement exagéré la portée.

En se plaçant non pas au point de vue des attributions du « Conseil du Roy », mais en analysant les textes mêmes qui ont présidé à l'institution du « Tribunal de Cassation », il est permis de se demander jusqu'à quelle limite il est exact de dire que notre Cour Suprême doit se borner à défendre l'intégrité de la loi française et à procurer l'unité de jurisprudence dans l'interprétation de cette loi. C'est un point que l'on peut très aisément discuter dans la lettre même du décret des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790, qui institue cette haute juridiction et qui ne nous paraît nullement animé d'un esprit aussi restrictif. Aux termes de ce texte, le « Tribunal de Cassation » devra réprimer toute contravention expresse au texte de la loi », de la loi en général et non pas de telle ou telle loi à l'exclusion des autres.

Les travaux préparatoires à l'élaboration de ce décret au sein de la Constituante confirment pleine-

ment cette interprétation : « La loi peut être violée, dit Barère, à la séance du 9 mai 1790, et il faut empêcher la violation de la loi; il faut donc établir un tribunal chargé de réprimer cette violation. » Et Merlin, dans la séance du 24 mai 1790, d'ajouter : « Le Tribunal de Cassation sera le gardien suprême de la loi, le conservateur des propriétés et le lien des tribunaux d'appel » (1). Les autres orateurs s'expriment dans le même sens, s'accordant à voir dans la haute juridiction qu'ils allaient créer, le champion souverain du droit, le grand régulateur du pouvoir judiciaire. Notre Cour de Cassation a donc moins un rôle politique, comme le pouvait avoir l'ancien « Conseil du Roy », qu'une mission exclusivement judiciaire tendant à vérifier dans toutes les hypothèses si « la règle de droit » qui est applicable au litige a été exactement observée. Par suite, « son contrôle s'étend, par la nécessité même de sa mission, à toute la sphère de l'interprétation proprement juridique » (2).

Comment soutenir dès lors que la Cour de Cassation n'ait pas à connaître de la bonne application de la loi compétente par les tribunaux dont elle a pour mission de redresser les erreurs de droit en contrôlant l'exactitude juridique de leurs décisions (3)? Son

(1) *Moniteur Universel* des 9, 24 et 26 mai 1890, p. 524-589.

(2) F. GÉNY. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 563.

(3) N'est-ce pas d'ailleurs ce que notre Cour Suprême a admis elle-même en matière fiscale, en accueillant en principe les pourvois fondés sur la fausse application de la loi étrangère, en cette matière, en vue de la perception d'un droit d'enregistrement (Cas., 29 juillet 1912, S. 1914, I, p. 473, et la note de M. Wahl, Cass, 22 octobre 1913, D. P., 1921, I, p. 219).

contrôle doit donc s'exercer nécessairement sur l'interprétation de la loi étrangère, lorsque cette loi se trouve, de par les principes du droit et *a fortiori* de par la volonté expresse du législateur français, être le statut régulateur du débat (Pierre BINET, note au D. P., 1906, p. 307).

Est-ce à dire, comme le prétendent certains auteurs, que la Cour Suprême viendrait à se faire « le champion de la loi étrangère, le vengeur de sa fausse application », en établissant sur ce point une unité d'interprétation dans la jurisprudence française, chose profondément étrangère à sa mission, qui est uniquement de défendre l'intégrité de la loi française en procurant l'unité de jurisprudence dans l'interprétation de notre droit? Il est facile de répondre en rappelant que si nos tribunaux appliquent mal la loi des autres pays, ce n'est pas dans l'intérêt de cette dernière que la Cour Suprême doit intervenir, mais bien dans l'intérêt de notre droit national. Notre Cour de Cassation ne l'a-t-elle pas d'ailleurs reconnu elle-même à un moment, lorsqu'elle sanctionnait la fausse interprétation de la loi étrangère dans les espèces où son application était ordonnée par la loi française? Elle a bien vu, en effet, que dans ces cas il n'est possible d'obtenir l'unité dans l'application de la loi française qu'à la condition de réaliser aussi cette unité dans la loi étrangère; l'uniformité de la jurisprudence doit s'étendre à l'interprétation de l'une et de l'autre.

Un exemple fera particulièrement bien ressortir la corrélation étroite qui existe entre la bonne appli-

cation de ces deux lois. Reprenons celui cité si justement par M. PILLET (Note sous Cass., 2 août 1893, S. 1895, p. 449). C'est l'hypothèse commune qui s'est présentée fréquemment devant les tribunaux à propos de la nationalité des Françaises ayant épousé un Ottoman. S'il est vrai, comme le veut le principe général de notre jurisprudence, que l'appréciation de la loi ottomane sur le point de savoir si elle confère à la femme étrangère qui épouse un Ottoman la nationalité de son mari, échappe au contrôle de la Cour de Cassation, la nationalité de cette femme et celle de toutes les épouses qui se trouvent dans la même situation est condamnée à demeurer perpétuellement incertaine. Que demain se présente quelque autre question intéressant le statut personnel de cette épouse, une question d'aliment par exemple, et peut-être la juridiction saisie appréciant en fait le sens de la loi ottomane autrement que la Cour d'appel précédemment saisie, lui dénierait la nationalité française que celle-ci lui avait reconnue. L'application de la loi régissant la nationalité de l'épouse intéressée demeurerait ainsi essentiellement variable; elle sera, pour emprunter à M. PILLET ses propres expressions, « dépourvue de toute unité aussi longtemps que la Cour Suprême ne sera pas résolue à donner à la législation ottomane cette interprétation obligatoire de laquelle dépend dans ce cas l'unité dans l'application de la loi française ». La Cour ne peut donc, il nous semble, refuser son contrôle à l'interprétation de la loi étrangère sans manquer à sa mission. Et parmi les approbateurs de la jurisprudence de notre Cour

Suprême, M. APPERT est bien forcé d'en convenir que leur thèse présente un sérieux inconvénient. « Il faut reconnaître, dit-il, qu'elle empêche l'unification de la jurisprudence en la matière. Il se pourra que l'interprétation d'une même loi étrangère sur un point donné varie suivant les Cours d'appel; et cela choque notre goût de la discipline et de l'unité. C'est un sacrifice auquel nous devons nous résigner; il y aura variété là où l'unité aurait été préférable. » (APPERT, *op. préc.*, *Revue Droit international privé* 1913, p. 351.)

Comment justifier un pareil système qui se heurte à chaque pas, dans ses applications pratiques, à des contradictions vraiment par trop criardes? La Cour, disent ces auteurs, ne peut exercer sérieusement son contrôle sur l'application d'une loi qu'elle connaît mal et sur laquelle elle n'a que des vues très vagues, si toutefois elle possède une traduction fidèle de son texte. « C'est sur des éléments aussi fragiles, sinon aussi frelatés, dit M. APPERT, qu'on invite la Cour Suprême à se prononcer, alors que ceux-mêmes qui le lui demandent rougiraient d'étayer sur de pareilles bases leurs travaux scientifiques. »

Mais c'est précisément là, puisqu'il y a difficulté, que notre Cour doit exercer plus étroitement son contrôle sur les décisions des juges du fond, et il n'y a pas honte, en admettant qu'elle se trompe elle-même, d'encourir de ce chef la critique de la doctrine du pays étranger dont la loi a été peut-être interprétée avec des vues quelque peu différentes de celle de ses tribunaux nationaux. Du moment que notre

droit impose l'application de la loi étrangère, il faut bien, en dépit de ces difficultés, — que l'on aurait d'ailleurs tort de méconnaître, — qu'elle soit interprétée par nos tribunaux. Si donc une difficulté s'élève, elle ne se trouve que transposée, et les Cours d'appel ne pouvant, comme la Cour Suprême, les écarter de leur prétoire, seront bien obligées de les résoudre. Elles ne feront certes pas mieux que celle-ci, sinon plus mal. Sans vouloir méconnaître les lumières et les hautes connaissances des magistrats d'appel, la supériorité des ressources juridiques de la Cour de Cassation est incontestable. Par sa situation dans la Capitale, près des ambassades, des corps de savants, du Ministère des Affaires étrangères, au milieu des bibliothèques publiques et des archives de tout genre, notre Cour Suprême dispose bien certainement de moyens qui sont refusés aux tribunaux et aux Cours de province. C'est à elle que revient normalement la solution de ces questions fort délicates, et il est inadmissible que n'ayant nul souci de se compromettre, elle prive de ce fait les parties d'un degré de juridiction sur lequel elles étaient en droit de compter pour obtenir toutes les garanties d'une bonne justice.

Et puisque, en saine logique, les principes rationnels conduisent au système que nous défendons, puisque les auteurs qui approuvent la jurisprudence de la Cour de Cassation admettent qu'en théorie il est le meilleur, mais que, pour des raisons pratiques, voulant éviter à notre juridiction suprême « un travail inouï », disent-ils, en l'obligeant à réviser les

appréciations des vingt-six cours d'appel sur ce point (1), ils laissent tout pouvoir aux juges du fond, nous ne comprenons pas, que pour éviter de simples difficultés de fait, on fasse si bon marché des intérêts particuliers qui trop souvent se trouvent sacrifiés.

De nombreux systèmes ont été proposés pour amener notre Cour de Cassation à sanctionner l'erreur de droit en matière d'application des lois étrangères : M. FERRAUD-GIRAUD, dans un article des plus documenté (2), après avoir fait une critique sévère de la jurisprudence, n'ose cependant considérer la violation d'une loi étrangère, à l'occasion d'un pourvoi en cassation, comme le serait la violation de la loi nationale; il y voit seulement une violation de la loi propre et spéciale des parties et propose à ce titre l'ouverture d'un droit de recours en cassation, toutes les fois que ce recours serait fondé sur la violation du lien spécial qui les régit. Il s'explique en ce sens : « Aux termes de l'article 1134, C. Civ., qui n'a fait que consacrer une règle générale du droit, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Eh! bien, lorsque le litige porté devant les tribunaux sera régi par la loi étrangère, cette loi devra être tenue, devant les tribunaux, comme la loi que les parties se sont faite dans leurs conventions qu'elles ont acceptée implicitement pour le règlement de leurs droits et de leurs obligations. »

(1) APPERT, *op. préc.* *Revue de droit international privé* 1913, p. 355.

(2) FERRAUD-GIRAUD. Des recours en cassation pour violation d'une loi étrangère (*Revue de droit international privé* 1892, p. 233 et suiv.,

Il est peut-être osé de voir dans tous les cas d'application de la loi étrangère une soumission volontaire et libre des parties à cette loi. Comment parler, par exemple, de conventions tacites entre les parties en matière de statut personnel, d'état et de capacité? Il est bien certain que dans de telles hypothèses la loi étrangère ne s'impose pas aux parties par un effet de leurs conventions tacites, ce sont des situations juridiques toutes créées, sur lesquelles la volonté des parties dans les limites de son autonomie n'a aucun pouvoir. (C. p. r., ROLIN, *Principes du droit international et application au G. civ. français*, I, p. 776.)

De même saurait-on sérieusement assimiler, comme l'avaient proposé MM. Asser et Rivier (*op. préc.*, p. 37) la loi étrangère à un usage? Tout en approuvant la jurisprudence, ces auteurs reconnaissent toutefois que, bien que légale, la théorie consacrée par la Cour Suprême peut être funeste de conséquences. Ils souhaitent donc voir la Cour réviser les décisions des juges du fond en la matière, et pour cela proposent de considérer la loi étrangère applicable en France comme un usage dont notre loi a consacré l'autorité. Certes, il est assez choquant de constater que notre Cour de Cassation se refuse à contrôler la bonne application d'une loi étrangère codifiée alors qu'elle se reconnaît le droit de redresser les décisions des juridictions inférieures lorsqu'elles ont mal interprété un usage autorisé par la loi, voire même simplement considéré comme tacitement maintenu par elle. Mais la loi étrangère n'est

pas un usage, et il est d'ailleurs peu probable que la Cour, rejetant jusqu'alors le pourvoi fondé sur la violation d'un usage en vigueur dans nos colonies mais non codifié, l'accueille lorsqu'il s'agirait d'un « usage » étranger. La jurisprudence de notre Cour Suprême ne sanctionne d'ailleurs, jusqu'à présent, que la mauvaise interprétation des usages français.

Si donc notre Cour de Cassation veille sur la bonne interprétation des conventions des parties et se réserve le pouvoir de casser la décision des juges du fond qui, sous prétexte d'interprétation en ont méconnu le sens et la portée (Cass., 4 nov. 1918, D. P. 1923, I, p. 102), si, d'autre part, elle se reconnaît tout pouvoir de contrôle sur les juridictions inférieures en matière d'usages (Cass. 15 février 1884, S. 1885, I, 205), cela prouve uniquement qu'elle place l'usage et les conventions des parties au-dessus des simples faits pour l'interprétation desquels il lui est interdit de se considérer comme un troisième degré de juridiction. Mais il n'y a bien certainement aucune assimilation possible entre ces cas et l'application des lois étrangères. La loi étrangère n'est pas un fait; elle n'est même pas comparable à un fait; nous avons suffisamment insisté sur ce point pour qu'il soit besoin d'y revenir.

Pourquoi, dès lors, avoir recours à des systèmes, fort ingénieux, il est vrai, et finement déduits de rapprochements habiles, mais dénaturant entièrement la portée et le caractère des choses, quand notre législation positive apporte à elle seule tous les élé-

ments nécessaires, permettant à notre Cour Suprême de vérifier la bonne application et l'interprétation exacte de la loi étrangère par les juridictions inférieures?

La loi étrangère appliquée par les tribunaux français doit être mise, nous l'avons vu, sur le même pied que la loi française, puisqu'elle tire son autorité de la volonté expresse, tacite ou simplement permissive du législateur français. Elle doit donc, à son égal, recevoir sur notre territoire une saine application sur laquelle les parties sont d'ailleurs en droit de compter. Conçoit-on, dit M. PILLET (note IV au Sirey 1895, p. 449) que des plaideurs étrangers ou nationaux, qui, s'ils étaient présents à la barre des tribunaux étrangers obtiendraient toute garantie d'une saine application des lois qui les régissent et notamment pourraient épuiser, pour obtenir une interprétation sûre de ces lois, tous les degrés de juridiction, perdent ces garanties parce qu'ils sont jugés par des tribunaux français et doivent subir l'autorité d'une interprétation peut-être arbitraire sans que la Cour Suprême puisse par le moyen de son pouvoir régulateur réparer les erreurs commises à leur préjudice? Cette inconséquence est tellement choquante qu'elle n'a pas échappé même aux partisans du système adopté par notre Cour. Et l'un des plus ardents approbateurs de la jurisprudence, M. Appert, est bien forcé d'admettre qu'il est des cas où les erreurs des juges du fond dans l'application des lois étrangères nécessitent la cassation. « On sait, dit M. Appert, comment notre Cour Suprême est

arrivée à empêcher les erreurs trop criantes que pouvaient commettre les juges du fond dans l'interprétation des contrats en se réservant le droit de casser pour dénaturation de ceux-ci. Il est permis de voir là, au point de vue purement historique, comme au point de vue des textes, un empiètement de la Cour Suprême, empiètement qui semble toutefois justifié par son utilité; la Cour est quelque peu sortie du rôle que les traditions et les lois lui assignaient; mais la justice en a été mieux rendue et les tribunaux ont été tenus en éveil. Il se pourrait qu'elle fît en notre matière un pas analogue, et se réservât de casser pour dénaturation des lois étrangères. Cela lui permettrait de faire cesser les abus trop criants tels que l'application d'une loi abrogée. » (APPERT, *op. préc.*)

Si donc M. Appert reconnaît lui-même l'utilité du pourvoi dans ces hypothèses, pourquoi ne pas l'admettre dans tous les cas d'erreur dans l'application et l'interprétation des lois étrangères? Il n'y a aucune distinction à faire : que l'erreur soit grossière ou simplement légère, il y a violation de la loi compétente, et dès l'instant où il y a violation, il doit y avoir nécessairement cassation.

Il serait sans doute quelque peu téméraire de penser que notre Cour Suprême, dont la jurisprudence semble nettement établie pour l'instant en la matière, puisse revenir à des principes plus rationnels en abandonnant du jour au lendemain les idées qu'elle considère encore comme immuables dans ses derniers arrêts. Le système de droit international privé consacré par elle est bien loin, nous l'avons vu,

de la conception idéale que, d'un vœu unanime, la doctrine souhaite tant voir sanctionner par notre Cour régulatrice. Il ne faut donc pas se faire d'illusions sur le peu d'espoir que nous avons présentement de voir la Cour de Cassation adopter le système plein de logique que nous considérons comme le seul pouvant satisfaire à la fois à la rigidité des principes et aux exigences de la pratique. Elle ne peut y arriver qu'en mettant la loi étrangère reconnue applicable en France sur le même pied que la loi française; elle se verra alors seulement entièrement dégagée de toute entrave quant à son pouvoir de contrôle des décisions des juges du fond sur ce point. Mais c'est un abandon complet des idées qu'elle avait jusqu'alors consacrées, en droit international privé, que nous lui demandons. Seule une évolution lente et progressive peut lui permettre de s'affranchir de cette vieille conception qu'elle s'est toujours efforcée de conserver avec un soin jaloux, se refusant à voir dans la loi étrangère applicable en France un élément incorporé de la loi française.

Par ailleurs, les efforts actuels déjà faits dans les différents pays et qui n'iront qu'en s'accroissant pour faciliter la connaissance réciproque du texte des lois qui y sont en vigueur et de l'interprétation qui leur est donnée par leurs tribunaux respectifs, apporteront toute assurance à notre Cour Suprême et lui enlèveront toute l'appréhension qu'elle a encore aujourd'hui pour la loi étrangère.

A ce moment seulement, nous pouvons espérer que notre Cour de Cassation consacrera une doctrine

de droit international privé propre à garantir pleinement les intérêts des plaideurs étrangers et à donner entière satisfaction aux besoins toujours plus grands et plus impérieux du commerce international.

VU PAR LE PROFESSEUR DÉLÉGUÉ :
Nancy, le 5 novembre 1923,
A. CHRÉTIEN.

VU LE DOYEN DE LA FACULTÉ :
Nancy, le 7 novembre 1923,
F. GÉNY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Nancy, le 11 novembre 1923,
Le Recteur de l'Académie,
CH. ADAM.
Membre de l'Institut.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Périodiques

- Journal officiel* (abréviation : *J. O.*).
- Recueil périodique Dalloz* (abréviation : *D. P.*).
- Recueil périodique Sirey* (abréviation : *S.*).
- Pandectes Françaises, recueil mensuel* (abréviation : *P.*).
- Gazette du Palais* (abréviation : *Gaz. Pal.*).
- Journal de droit international privé* (E. CLUNET).
- Revue de droit international privé et de droit pénal international*
(A. DARRAS-DE LAPRADELLE) (abréviation : *Rev. dt Int. priv.*).
- Revue pratique de droit international privé* (R. VINCENT) (abréviation :
Rev. prat. dt int. priv.).
- Revue de législation et de jurisprudence coloniales* (abréviation : *Rev. lég. col.*).
- Annuaire de législation étrangère* (abréviation : *An. lég. étr.*).
- Bulletin de la Société de législation comparée.*
- Bulletin officiel du Ministère de la Justice.*
- Revue de droit international et de législation comparée.*
- Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques.
- Bulletin de la Société d'Etudes législatives.*
- Revue générale de droit et de législation.*

II. — Ouvrages généraux

- AUBRY et RAU. Cours de droit civil français (5^e édit.), 1897-1922.
- ASSER et RIVIER. Eléments de droit international privé.
- AUDINET. Principes élémentaires (2^e édit.).
- BARTIN. Etudes de droit international privé.
- BROCHER (Ch.). Cours de droit international privé d'après les principes consacrés par le droit positif français.
- BAR (DE). Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts.
- BAUDRY, LACANTINIERIE, HOUQUES et FOURCADE. Traité théorique et pratique de droit civil (Des personnes, t. I à V), 3^e édit.

- COLIN et CAPITANT. Cours élémentaire de droit civil français (3^e édit.).
COLMET, DAAGE et CLASSON. Cours de procédure civile.
DALLOZ. Répertoire pratique Verbo : Loi étrangère.
DESPAGNET. Précis de droit international privé (5^e édit.).
DEMOLOMBE. Cours de code civil (5^e édit.).
DENISART, Collection de décisions (édition de Camus et Bayard, Paris 1783).
FIORE. Diritto internazionale privato (traduction Pradier-Fodéré).
FOELIX et DEMANGEAT. Traité de droit international privé.
GÉNY (Fr.). Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.
LAURENT. Droit civil international.
LAURENT. Principes de droit civil.
LOCRÉ, Esprit du code Napoléon.
LOCRÉ. Législation civile et criminelle (Discours préliminaires au projet de code civil de la commission).
MERLIN. Répertoire.
PLANIOL. Traité élémentaire de droit civil (8^e et 9^e édit.).
PILLET. Principes de droit international privé.
ROLIN. Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du code civil.
SURVILLE et ARTHUYS. Cours élémentaire de droit international privé (5^e édit.).
SCHAEFFNER. Entwicklung des internationalen privatrechts.
VITTA. La méthode du droit international privé (La Haye 1890).
VINCENT et PENAUD. Dictionnaire de droit international privé Verbo : Loi étrangère.
VALETTE sur PROUDHON. Etat des personnes, t. I. •
VAREILLES-SOMMIÈRES (DE). Synthèse de droit international privé.
VALÉRY. Manuel de droit international privé.
WEISS. Traité de droit international privé (2^e édit. 1912).
WAECHTER. *Archiv für civil Praxis*.
WESTLAKE. Traité de droit international privé avec ses principales applications dans la pratique anglaise trad. (5^e édit.).
WALH. Traité de droit fiscal, II, p. 855.

III. — Monographies.

- APPERT. Le rôle de la Cour de Cassation dans l'application des lois étrangères ou indigènes (*Revue de droit international privé*, 1913, p. 344 et suiv.)
BOUHIER. Observations sur la coutume du duché de Bourgogne.
COLIN (A.). Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère (*Clunet* 1890, p. 409 et suiv.).

- CHÉNON. Origine, conditions et effets de la Cassation.
- DARRAS. De la connaissance et de l'application des lois étrangères (*Clunet* 1901, p. 211 et suiv.).
- DONNEDIEU DE VABRES. L'évolution de la jurisprudence en matière de conflits de lois. Thèse Paris, 1905.
- FIGE. Du conflit entre les dispositions législatives de droit international privé (*Clunet* 1901, p. 424 et suiv.).
- FULD (Ludvig). De l'application du droit étranger d'après le code civil allemand (*Revue de droit international privé* 1907, p. 138).
- FERAUD-GIRAUD. Des recours en cassation pour violation d'une loi étrangère (*Revue droit international privé* 1892, p. 233).
- HOLLAND. De l'application de la loi (*Revue de droit international* 1880, p. 573).
- KEIDEL. De la théorie du renvoi en droit international selon le nouveau code civil allemand (*Clunet* 1901, p. 82 et suiv.).
- LABBÉ. Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause (*Clunet* 1885, p. 5).
- LAINÉ. La théorie du renvoi en droit international privé (*Revue de droit international privé* 1906, p. 605 et suiv. et 1907, p. 43).
- LIGEOIX. Théorie du renvoi (*Clunet* 1903, p. 482 et 1904, p. 551).
- MANCINI. Rapport à l'Institut de droit international (*Clunet* 1874 p. 220).
- MICARD (G.). Le rôle de juge dans l'application des lois étrangères. Thèse Paris, 1907.
- NEWTON. De la naturalisation dans les colonies anglaises (*Clunet* 1883, p. 453).
- PILLET. Contre la théorie du renvoi (*Revue de droit international privé* 1913, p. 5 et suiv.).
- POTU. La question du renvoi en droit international privé. Thèse Dijon, 1913).
- PONCET. Traité des jugements.
- ROGERY (A.). Du recours en cassation pour non application ou violation de la loi étrangère. Thèse Paris, 1910.
- THÉRY. La doctrine du renvoi dans les pays anglo-américains (*Clunet* 1911, p. 432).
- WESTLAKE. La doctrine anglaise en matière de droit international privé (*Clunet* 1882, p. 24).

IV. — Notes publiées dans les revues et périodiques

- APPERT. Note au *Sirey* 1900, I, p. 281.
- AUDINET. Note au *Sirey* 1908, p. 257 et suiv.
- BAUDOIN. Conclusions au *Clunet* 1909, p. 1120.
- BUREAU (P.). Note au *Dalloz* 1914, I, p. 149.
- BALLOT-BEAUPRÉ. *Rec. lég. coloniale* 1899, II, p. 97,

- BARTIN. Note au Dalloz 1898, II, p. 281.
BARTIN. Clunet 1897, p. 737.
BUFNOIR. *Bulletin de la Société de législation comparée* 1891, p. 69.
BINET. (P.). Note au Dalloz 1906, I, p. 305.
COHENDY. Note au D. P. 1891, I, p. 281.
COLIN. Note au D. P. 1907, II, p. 9.
CHÉRON. Note au Dalloz 1921, II, p. 1 et 65.
DE LOYNES. Note au D. P. 1898, I, p. 377.
DE BOECK. Note au Dalloz 1894, II, p. 193.
DESPAGNET. — Note au Dalloz 1895, I, p. 344.
DENIS. Rapport au Clunet 1912, p. 1009.
FEUILLOLEY. Note au D. P. 1912, II, p. 25.
LYON-CAEN. Note au Sirey 1881, p. 409.
LYON-CAEN. Note au Dalloz 1900, I, p. 161.
LAINÉ. *Revue de droit international privé* 1905, p. 452.
LACOUR. Note au Sirey 1884, I, p. 25.
LEVILLAIN. Note au Dalloz 1902, I, p. 193.
LEMAIRE (Georges). Rapport au D. P., 1900, I, p. 92.
LESSONA. *Revue de droit international et de lég. comp.* 1895, p. 555.
MÉRIGNHAC. Note au D. P. 1910, II, p. 177.
NISOT (Th.). Article au Clunet 1922, p. 970.
NAST. Note au D. P. 1910, II, p. 65.
NIBOYET. Note au Sirey 1921, II, p. 17.
PIC. Note au D. P. 1892, II, p. 28 et p. 505.
POLITIS. Note au D. P. 1898, I, p. 185.
PILLET. Note au Sirey 1899, I, p. 177.
PILLET. Note au Clunet 1895, p. 941, et S. 1895, I, p. 449.
PILLET. Notes au S. 1893, IV, p. 9 et S. 1895, I, p. 449,
PERROUD. Notes au Clunet 1909, p. 1178-1910, p. 584 et 889 et 1923,
p. 105.
WAGNER. Note au Sirey 1910, II, p. 225.
WESTLAKE. *Revue de droit international privé*, t. XIV, p. 304.
WAHL. Note au Sirey 1914, I, p. 473.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	III
Première Partie	
<i>Dans quel cas une loi étrangère est applicable à un rapport juridique par le juge saisi</i>	1
CHAPITRE PREMIER. — <i>Esprit général de la loi française quant à la connaissance et à l'application des lois étrangères par le juge</i>	3
SECTION I. — Volonté formelle du législateur	5
1. Art. 17 c. civ.	5
2. Art. 19 c. civ.	9
3. Art. 47 c. civ.	10
4. Art. 170 c. civ.	12
5. Art. 999 c. civ.	13
6. Art. 5 et 7 c. inst. crim.	15
7. Textes spéciaux prescrivant au juge l'application de la loi étrangère	16
8. Les traités internationaux	20
SECTION II. — Volonté tacite ou présumée du législateur	21
§ 1. Statut personnel de l'étranger	24
§ 2. Biens mobiliers et immobiliers	27
§ 3. Lois de forme et de procédure	32
§ 4. Conflits de lois consécutifs à une annexion de territoire	36
SECTION III. — Volonté des parties	39
CHAPITRE II. — <i>Fondement de l'application des lois étrangères et conséquences quant à l'office du juge</i>	48
§ 1. Application de la loi étrangère d'office par le juge	56
§ 2. Bonne interprétation de la loi étrangère par le juge	57
§ 3. Rôle du juge en présence des dispositions de droit international de la loi étrangère	69

Deuxième Partie

	Pages
<i>Preuve et établissement de la loi étrangère</i>	87
§ 1. Une des parties réclame l'application de la loi étrangère	91
§ 2. Aucune partie ne demande l'application de la loi étrangère	96
§ 3. Procédés de preuve et moyens admis pour l'établissement de la loi étrangère devant les tribunaux.	100

Troisième Partie

<i>Sanction de l'application des lois étrangères par nos tribunaux.</i>	
— <i>Rôle de la Cour de Cassation</i>	123
§ 1. Sanction en cas de non application de la loi étrangère	125
§ 2. Sanction en cas de violation ou de fausse application de la loi étrangère	145
§ 3. Solutions admises par les tribunaux des autres pays, quant à l'application des lois étrangères.	163
<i>Observations critiques sur la jurisprudence de la Cour de Cassation et Conclusion</i>	175
BIBLIOGRAPHIE.	195

